

*N 27. N<sup>o</sup> 14343.*

Re v i s i o n

d e r

G e s e t z g e b u n g

u n d

R e c h t s p f l e g e

i n

B a i e r n.

---

V o m

Königlichen Generalfiskalats-Rathe

J. B. Welsch.

---

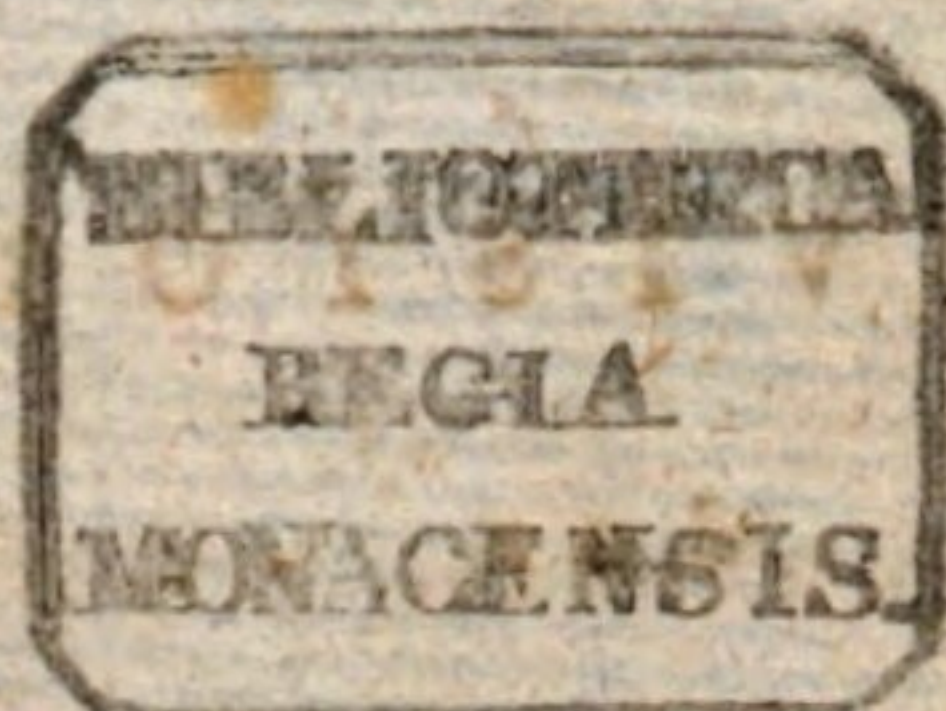
II. H e f t.

---

München 1819.

Bey Ernst August Fleischmann.







## V o r w o r t.

---

Es wird dem vorgesetzten Zwecke dieses Werkes wohl ganz vorzüglich entsprechen, wenn ich meine Ansicht über den bereits durch den Druck bekannt gemachten Entwurf der Hypotheken-Ordnung für das Königreich Baiern um so mehr in diesem Augenblicke vorlege, in welchem dieser das allgemeine Interesse so vorzüglich ansprechende Gegenstand der Berathung der baierischen Stände-Versammlung unterliegt.

Die folgende Abhandlung befaßt sich aber vor der Hand nur mit der Untersuchung der Haltbarkeit und Rechtlichkeit des Specialitäts-Principes in der Art und Ausdehnung, wie den Begriff desselben die §§. 19 und 123 der neuen Hypotheken-Ordnung festsetzten.

Der übrige Inhalt dieses Heftes beschäftigt sich mit dem zweyten Bande der so höchst interessanten Jahrbücher der Gesetzgebung und Rechtspflege im Königreich Baiern.



Wenn ich den hierin vorgetragenen Rechts-  
Ansichten nicht durchgehends beystimmen kann,  
und mir defshalb erlaubte, die dagegen streiten-  
den, aus den bestehenden Gesetzen, abgeleite-  
ten Gründe, mit offener Freymüthigkeit vorzu-  
tragen, so bedarf ich wohl kaum der Bemer-  
kung, daß ich dadurch dem hohen theoretisch  
und practischen Werthe dieses höchst schätzba-  
ren Werkes nicht im entferntesten nahe treten  
wollte, besonders, da diese Jahrbücher schon  
aus dem Grunde eine sehr erfreuliche Erschei-  
nung für das juristische Gemeindewesen sind,  
weil dieselben, wenn ich die Beyfügung der  
Entscheidungsgründe zu den Erkenntnissen als  
den ersten Schritt betrachte, gewiß der zweyte  
für die Oeffentlichkeit der Rechtspflege sind, de-  
ren Einführung wir in Baiern auf eine vernunft-  
gemäße, mit unsern Gesetzen harmonirende  
Weise wohl auch bald entgegen sehen dürfen.

---



## Inhalts-Anzeige.

---

Bedenken gegen das Princip der Specialität der neuen Hypothekenordnung in Baiern. Einleitung. §. 1. vom Pfandrechte nach baierischen, §. 2. nach französischen, §. 3. nach preussischen Gesetzen. §. 4. Nach österreichischem Rechte. §. 5. Hypothekenordnung für das Königreich Baiern. §. 6. Vergleichung der verschiedenen Legislationen hinsichtlich der Hypotheken. §. 7. Gründe gegen das Princip der Specialität. I. Aus dem Begriffe, §. 8. Wegen Verletzung wohlerworbener Rechte, §. 9. Wegen Verminderung des Kredites, §. 10. Korollarien aus obigen Sätzen. §. 11. Rechtliche Basis einer Hypotheken-Ordnung für Baiern.

Bemerkungen über die Jahrbücher der Gesetzgebung und Rechtspflege im Königreiche Baiern. Vorerinn. §. 1. Von der in Baiern bestandenen Gesetzes-Kommission. §. 2. Ueber die Kemptner Landtafel. §. 3. Ueber die Lokation der Kosten im Konkurse. §. 4. Ueber die Zurückweisung offenbar ungegründeter Berufungen. §. 5. Ueber die Komputation der Appellations-Summe. §. 6. Ueber das fatale interponendae Appellationis. §. 7. Ueber das Vorzugsrecht der Bierschulden im Konkurse. §. 8. Ueber die Wechselhypothek nach baierischem Rechte. §. 9. Ueber die auserlesenen Kriminal-Rechsfälle.

---



# Inhalts-Verzeichniss

|            |     |
|------------|-----|
| Einleitung | 1   |
| I. Theil   | 2   |
| 1. Buch    | 3   |
| 2. Buch    | 4   |
| 3. Buch    | 5   |
| 4. Buch    | 6   |
| 5. Buch    | 7   |
| 6. Buch    | 8   |
| 7. Buch    | 9   |
| 8. Buch    | 10  |
| 9. Buch    | 11  |
| 10. Buch   | 12  |
| 11. Buch   | 13  |
| 12. Buch   | 14  |
| 13. Buch   | 15  |
| 14. Buch   | 16  |
| 15. Buch   | 17  |
| 16. Buch   | 18  |
| 17. Buch   | 19  |
| 18. Buch   | 20  |
| 19. Buch   | 21  |
| 20. Buch   | 22  |
| 21. Buch   | 23  |
| 22. Buch   | 24  |
| 23. Buch   | 25  |
| 24. Buch   | 26  |
| 25. Buch   | 27  |
| 26. Buch   | 28  |
| 27. Buch   | 29  |
| 28. Buch   | 30  |
| 29. Buch   | 31  |
| 30. Buch   | 32  |
| 31. Buch   | 33  |
| 32. Buch   | 34  |
| 33. Buch   | 35  |
| 34. Buch   | 36  |
| 35. Buch   | 37  |
| 36. Buch   | 38  |
| 37. Buch   | 39  |
| 38. Buch   | 40  |
| 39. Buch   | 41  |
| 40. Buch   | 42  |
| 41. Buch   | 43  |
| 42. Buch   | 44  |
| 43. Buch   | 45  |
| 44. Buch   | 46  |
| 45. Buch   | 47  |
| 46. Buch   | 48  |
| 47. Buch   | 49  |
| 48. Buch   | 50  |
| 49. Buch   | 51  |
| 50. Buch   | 52  |
| 51. Buch   | 53  |
| 52. Buch   | 54  |
| 53. Buch   | 55  |
| 54. Buch   | 56  |
| 55. Buch   | 57  |
| 56. Buch   | 58  |
| 57. Buch   | 59  |
| 58. Buch   | 60  |
| 59. Buch   | 61  |
| 60. Buch   | 62  |
| 61. Buch   | 63  |
| 62. Buch   | 64  |
| 63. Buch   | 65  |
| 64. Buch   | 66  |
| 65. Buch   | 67  |
| 66. Buch   | 68  |
| 67. Buch   | 69  |
| 68. Buch   | 70  |
| 69. Buch   | 71  |
| 70. Buch   | 72  |
| 71. Buch   | 73  |
| 72. Buch   | 74  |
| 73. Buch   | 75  |
| 74. Buch   | 76  |
| 75. Buch   | 77  |
| 76. Buch   | 78  |
| 77. Buch   | 79  |
| 78. Buch   | 80  |
| 79. Buch   | 81  |
| 80. Buch   | 82  |
| 81. Buch   | 83  |
| 82. Buch   | 84  |
| 83. Buch   | 85  |
| 84. Buch   | 86  |
| 85. Buch   | 87  |
| 86. Buch   | 88  |
| 87. Buch   | 89  |
| 88. Buch   | 90  |
| 89. Buch   | 91  |
| 90. Buch   | 92  |
| 91. Buch   | 93  |
| 92. Buch   | 94  |
| 93. Buch   | 95  |
| 94. Buch   | 96  |
| 95. Buch   | 97  |
| 96. Buch   | 98  |
| 97. Buch   | 99  |
| 98. Buch   | 100 |
| 99. Buch   | 101 |
| 100. Buch  | 102 |



B e d e n k e n

gegen das

Princip der Specialität

e i n e r n e u e n

Hypotheken-Ordnung

i n

B a i e r n.

---



B o d e n

gegen das

Prinzip der Spezifikation

oder

Hypothese-Ordnung

Seite

---



---

## Einleitung.

---

**B**efestigung und Erhöhung des National- und des Privat-Kredites sind unter andern die grossen Zwecke, deren sichere Erreichung von dem Beyrathe der baierischen Stände erwartet wird. Jener muss und wird durch einen geordneten Staatshaushalt, und einen festgegründeten Schuldentilgungs-Plan um so verlässiger erreicht werden, je sicherer durch die Publicität der Verhandlungen hierüber das Vertrauen wachsen muss. Dieser kann nur durch ein gut und rechtlich basirtes Hypothekensystem erreicht werden, dessen Nothwendigkeit allgemein gefühlt und anerkannt ist, dessen allgemeine und gleichförmige Einführung in Baiern aber in der grossen Verschiedenheit der da noch bestehenden Provinzial- und Lokalstatute, nothwendig ein grosses Hinderniss finden muss. Dieses auf eine zweckmässige und rechtliche Weise, ohne Verletzung bestehender und wohlerworbener Rechte zu, erreichen, ist die schwierige Aufgabe, welche zu lösen ist. Mit welcher zarten Schonung unsere Regierung bisher das bestehende Recht zu achten gewöhnt war,



beweisen vorzüglich jene Verordnungen, durch welche der baierische Judiziarkodex in den mit dem Haupt-Staate vereinigten Gebiethstheilen eingeführt wurde, indem überall die bisher bestandenen Lokations-Ordnungen, als rein privatrechtliche Bestimmungen, aufrecht erhalten wurden.

Diese nicht blos billige, sondern streng rechtliche Achtung bestehender Rechte darf das Vaterland wohl auch bey der Einführung einer neuen Hypothekenordnung um so sicherer erwarten, als gerade dieses Institut in alle Verhältnisse des bürgerlichen Lebens und besonders aller Zweige der Industrie am tiefsten eingreift, und eben deshalb ein Mißgriff hierinn Vermögen und Kredit jedes baierischen Staatsbürgers sehr leicht aufs empfindlichste verwunden könnte.

Bey der anerkannten Lojalität unserer Regierung und dem hohen Interesse, welches jedes Mitglied der baierischen Ständeversammlung für sich an diesem Gegenstande nehmen muß, darf das Vaterland wohl getrost Bedächtlichkeit und Ueberlegung vor allem in dieser wichtigen Angelegenheit erwarten, und vor Uebereilung nicht bange haben.

Indessen räumt die Wichtigkeit des Gegenstandes nicht blos den Ständen das Recht ein, sondern legt selbst jedem redlichen Baier die Verbindlichkeit auf, seine Ansicht und Ueberzeugung hierüber öffentlich vorzulegen.

Dieses ist der Zweck gegenwärtiger Blätter, welche ihre Existenz dem reinsten patriotischen Eifer des Verfassers verdanken, so viel es in seinen Kräften steht, zur Verbesserung und Vervollkommnung der vaterländischen Legislation beyzutragen.



Die nächste und dringende Veranlassung hiezu finde ich in dem für die neue Hypothekenordnung ausgesprochenen Principe der Specialität. Schon in den Jahrbüchern der Gesetzgebung und Rechtspflege für das Königreich Baiern \*) ist dieses Prinzip zugleich als rechtliche und als nothwendige Basis eines guten Hypothekensystemes aufgestellt. Seine Excellenz der Herr Staats - Minister der Justiz, Graf von Reigersberg, haben in der öffentlichen allgemeinen Sitzung der Kammer der Abgeordneten vom 10. Febr. l. J. in einer gehaltvollen und umfassenden Darstellung die Prinzipien der neuen Hypothekenordnung sowohl als die Form der Hypothekenbücher entwickelt, auf welche das neue System gebaut werden soll, und welche dem Entwurfe des neuen Gesetzes zum Grunde gelegt wurden.

Offene und freymüthige Prüfung desselben, vielmehr die Vorlage meiner Ansichten in Bezug auf das ausgesprochene Prinzip der Specialität ist der Zweck der gegenwärtigen Abhandlung. Ich will somit keineswegs den Nutzen, ja die Nothwendigkeit förmlicher Hypothekenbücher in Baiern bekämpfen, ja ich räume selbst die Unerläßlichkeit des Prinzipes der Publicität und des Realkredites ein. Nur von der Nothwendigkeit und Rechtlichkeit des Prinzipes der Specialität, vorzüglich mit der strengen Konsequenz angewendet, mit welcher dasselbe in dem Entwurfe durchgeführt ist, konnte ich mich nicht überzeugen, und mir die dagegen stehenden Bedenken nicht lösen.

Gerne geneigt, jeder gründlichen Belehrung und der Ueberzeugung des Bessern zu weichen, bin ich weit entfernt, mir in dieser wichtigen Angelegenheit

---

\*) Bd. II. S. 95. Not. \*\*) dann S. 130 u. 131. §. 2.



absprechend ein Urtheil anzumassen. Meine angenehmste Belohnung wird es seyn, durch diese Bedenken theoretische Forscher und praktische Geschäfts-Männer auf das Wesen dieses Gesetzes aufmerksam gemacht, und das reife Nachdenken derselben um so mehr veranlaßt zu haben, als aus der angeführten Rede zwar hervorgeht, daß das Formular der neuen Hypothekenbücher praktischen Geschäftsmännern vorgelegt wurde, nicht aber, daß dieses auch mit dem Entwurfe der Hypotheken-Ordnung selbst, und der Verordnung über die Einführung derselben geschehen sey.

Um die Sache selbst, und meine Bedenken anschaulicher zu machen, werde ich vor allem die Prinzipien der bisherigen Legislationen über diesen Gegenstand in gedrängter Kürze vortragen, das bisher Bestandene mit dem neuen Entwurfe vergleichen, und jeder praktische Geschäftsmann möge über den Grund oder Ungrund dieser Bedenken das Urtheil sprechen.

---



---

§. I.

Vom Pfandrechte nach baierischen  
Gesetzen.

**D**as dringliche Recht des Gläubigers auf das ganze oder einen Theil des Vermögens seines Schuldners heisst, wenn die Uebergabe wirklich erfolgt, Pfand, (Faustpfand) falls sie aber nur symbolisch (durch Verschreibung) geschieht, Hypothek. \*) Aus dem Rechtstitel, auf welchem dieses Realrecht beruht, leitet unser Gesetzbuch, im Einklange mit dem römischen Rechte, die Eintheilung in das gesetzliche, gerichtliche oder konventionelle Pfandrecht ab. Dem Umfange nach beruht dasselbe auf dem Principe der Generalität und Specialität zugleich, so, dass es zwar jedem Gläubiger freysteht, sich seine Hypothek auf ein bestimmtes Grundstück (Special-Hypothek) bestellen zu lassen, ohne dass ihm jedoch verwehrt ist, sich zur vollen Sicherheit auch eine Generalhypothek auf das gesammte Vermögen seines Schuldners zu bedingen, in welchem Falle ihm alles Hab und Gut, sowohl bewegliches als unbewegliches, körperliches und unkörperliches, gegenwärtiges und künftiges Vermögen verschrieben ist, (§. 5.) gleichviel, ob dieß durch die Bestimmung des Gesetzes, durch richterliches Erkenntniss, oder den freyen Willen des Schuldners geschieht.

---

\*) Cod. civ. Thl. II. Kap. 6.



Das konventionelle Pfandrecht kann jeder bestellen, welcher die freye Disposition über sein Vermögen hat (§. 6. Nro. 3.) Nur muß dasselbe von jedem Nichtsiegelmäßigen vor Gericht \*) geschehen, wo diese Hypotheken bisher in die Schuldprotokolle eingetragen wurden, eine freylich unvollkommene Art von Hypothekenbüchern, welche besonders durch das dem Adel und überhaupt allen Siegelmäßigen zugestandene Recht giltiger Hypothekenbestellungen unter eigenem Siegel und Fertigung eine große Lücke erhielten, die jedoch durch die neue Konstitution \*\*) eben so weise als glücklich für die Folge gehoben ist. — In Bezug auf das Vorzugsrecht dieser Hypotheken spricht zwar unser Gesetz im Allgemeinen das Prinzip des Alters aus, jedoch so, daß den privilegierten Hypotheken, sie mögen gesetzlich oder konventionell seyn, unter gewissen Voraussetzungen, der Vorzug vor den Nichtprivilegierten eingeräumt wird, \*\*\*) wobey aber der Unterschied zwischen General- und Specialhypotheken im Falle eines ausgebrochenen Konkurses ganz verschwindet. Das ganze System der Lokation ist in X Klassen, mit den geeigneten Unterabtheilungen in jeder, durchgeführt.

## §. 2.

### Nach französischen Gesetzen.

Auf denselben Prinzipien beruht im wesentlichen die Lehre von Hypotheken nach Napoleons Gesetz-

---

\*) Cod. jud. Cap. VIII. §. 9. Nro. 4.

\*\*) Verfassungs-Urkunde Tit. V. §. 4. Nro. 4. u. Nro. VIII. §. 6.

\*\*\*.) Conf. das ganze Cap. XX. des Judiciarkodex.



Buche. \*) Was das baierische Gesetzbuch eine privilegierte Hypothek nennt, ist nach dem französischen *Kodex privilege*, (§. 2095.) welches sowohl allgemein als besonders auf das bewegliche (§. 2101 u. 2.) und auf das unbewegliche Vermögen (2103.) oder auch auf beydes zugleich, (2014 u. 5) erworben werden kann, im letztern Falle aber der Inscription bedarf. (2106) Das Gesetz giebt daher folgende Definition. „Das Privileg ist ein Recht, welches die Art der Forderung dem Gläubiger einräumt, allen andern selbst den Hypothekarien vorgezogen zu werden.“ (Artikel 2095) Die Hypothek dagegen ist nach französischen Gesetzen ein dingliches Recht auf das unbewegliche Vermögen des Schuldners zum Zwecke der Entrichtung einer Verbindlichkeit. (2114.) Sie ist ihrer Natur nach untheilbar, und erstreckt sich deshalb auf alle verschriebenen Immobilien, und auf jeden einzelnen Theil derselben. Auch das französische Gesetzbuch behält die Eintheilung der Hypotheken in legale, judicielle und konventionelle bey (2116.) Erstere sind nach dem Gesetze allgemeine (2122 und 23) und erstrecken sich namentlich auch auf das zukünftige Vermögen des Schuldners. Anders ist dieses bey konventionellen Hypotheken, welche zwar auf alles gegenwärtige unbewegliche, nicht aber auf das künftige Vermögen ausgedehnt werden können, (2129). Die gültige Bestellung einer Konventional-Hypothek fodert die Protokollirung vor zwey Notarien, oder einem Notar

---

\*) Code Napoleon. Tit. XVIII. Art. 2092 — 2218. M. vergl. *Regime hypothecaire, ou Commentaire sur le XVIIIe Titre du Livre III. du Code Nap.* par I. C. Persil a Paris 1809. et *Legislation hypothecaire etc.* par Sh. A. C. Guichard etc. Paris 1810. III. Tom.



und zwey Zeugen (2127) und die Einschreibung in die Hypothekenbücher, (2134) welche jedoch den Minderjährigen, und den ihnen gleichgeachteten auf dem Vermögen ihrer Vormünder und Kuratoren, dann den Frauen hinsichtlich ihrer heurathlichen Ansprüche erlassen ist. (2135) Das Vorzugs-Recht, versteht sich, der Hypotheken, regulirt sich in der Regel lediglich nach der Zeit der Einschreibung in das Hypothekenbuch; (2134) eine förmliche Locations-Ordnung besteht nach französischen Gesetzen nicht, indem die Gerichtsordnung, auf welche der Art. 2218, des Code Nap. hinweist, mehr Vorschriften über das Prioritäts-Verfahren, als eine eigentliche Lokations-Ordnung enthält. \*) Mit welchen Modificationen das Princip der Specialität angewendet wurde, zeigen am besten die Gesetze vom 11. Brum. J. VII. und 9. Pluv. des J. VIII. der französischen Revolutions-Periode. \*\*)

### §. 3.

#### Nach preussischen Gesetzen.

Das allgemeine preussische Landrecht \*\*\*) nennt das dingliche Recht auf einer fremden Sache, zur Sicherheit seiner Forderung, und mit der Folge, selbst aus der Substanz seine Befriedigung zu verlangen, das Unterpfandsrecht. Auch dieses Gesetz erkennt die Eintheilung in legale, judizielle und kon-

---

\*) Code de procedure civile. I. Partie. Liv. V. Art. 755 — 59. et 768.

\*\*) Conf. Bulletin de lois de la Republique Francaise etc. et Discussion du Code civil etc. par Jouanneau et Solon. Tom. II. Tit. XVIII. Sect. V.

\*\*\*) Allgemeines Gesetzbuch für die preussischen Staaten. Tbl. I. Tit. XX. §. 1.



ventionelle Hypotheken an, (§. 2—5) fodert aber in jedem Falle die gerichtliche Eintragung auf Grundstücke und solche Gerechtigkeiten, welche die Gesetze den unbeweglichen Sachen gleichachten. (§. 8. 11. und 412). Da das preussische Landrecht die eigentliche Hypothek durchaus nur auf unbewegliche Güter erstreckt, und bey allem Mobiliar-Vermögen nur die Verpfändung im engern Sinne gestattet, so folgt daraus sehr konsequent, daß damit immer die wirkliche Uebergabe des Pfandes verbunden seyn müsse, welche jedoch auch symbolisch (§. 271.) sogar bey Kaufmannswaaren u. d. g. (§. 329. ff.) und insbesondere bey Schuldforderungen durch Aushändigung der darüber ausgestellten Urkunden (§. 281.) geschehen kann.

Daß auch das preussische Landrecht allgemeine und besondere Hypotheken kenne, darüber ist wohl kein Zweifel (§. 400 u. 401) und wenn es gleich dem gesetzlichen Pfandrechte, so lange es nicht eingetragen ist, nur die Folge einräumt, daß derjenige, welchem dasselbe zukömmt, mit Uebergehung der Zwischengrade der Execution, sich sogleich an die noch im Vermögen seines Schuldners sich befindlichen Immobilien halten kann, (§. 314.) so nimmt doch die gesetzliche Hypothek der Pupillen auf dem Gesamt-Vermögen ihrer Vormünder, auch wenn die ausgemittelten Defekte später erst eingetragen werden können, vom Tage ihrer Verpflichtung, oder der angetretenen Vormundschaft ihren Anfang. \*) Dasselbe ist, und zwar mit dem Vorzugs-Rechte in der II. Klasse, bey der privilegirten Hypothek des Fiskus auf dem Vermögen seiner Kassebedienten der Fall,

---

\*) Pr. L. R. Thl. II. Tit. XVIII. §. 296 u. 298. und Allg. Gerichts Ordn. Tit. I. §. 421. dann 429.



welches gleichfalls von dem Tage zu laufen anfängt, an welchem der Schuldner in rechtlichen Anspruch genommen wird. \*) Die Lokations-Ordnung ist im fünfzigsten Titel der allgemeinen Gerichtsordnung in 222 §. §. abgehandelt, (die baierische enthält deren 19, der ganze Judiziarkodex 261 §. §.) jedoch keineswegs auf eine feste Basis gestützt, wie denn z. B. das Separations-Recht häufig solchen Forderungen zuerkannt ist, denen es nach den allgemein anerkannten Rechts-Prinzipien durchaus nicht zustehen soll, wohingegen, aber ohne allen zureichenden Grund, die Separatisten in die erste Klasse gewiesen sind. (§. 269 — 355).

#### §. 4.

#### Nach österreichischem Rechte.

Nach dem österreichischen Gesetze ist das Pfandrecht das dingliche Recht, welches dem Gläubiger eingeräumt wird, aus einer Sache, wenn die Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit nicht erfüllt wird, die Befriedigung zu erlangen. \*\*) Die bewegliche Sache ist Handpfand, die unbewegliche Hypothek, welche nach ihrem Rechtsgrunde gesetzlich, judiziell, oder konventionell seyn kann. (§. 450 u. 51.). Jedoch reicht dieser zur wirklichen Erwerbung der Hypothek nicht zu, sondern es wird bey allen judiziellen und konventionellen Hypotheken, wovon jedoch die gesetzlichen eine Ausnahme machen, (§. 451. S. 255.) die vorgeschriebene Intabulation erfordert.

---

\*) Pr. L. R. Thl. II. Tit. XIV. §. 47. ff. und Allg. Gerichts Ord. Tit. L. §. 360.

\*\*) Kommentar über das allgem. b. Gesetzbuch für die gesammten teutschen Erbländer. v. Fr. Edl. v. Zeiller etc. Wien und Triest b. Geist. B. II. §. 447. S. 251.



Der Umfang desselben erstreckt sich aber auf alle zu dem freyen Eigenthum des Verpfänders gehörigen Vermögenstheile, auf Zuwachs und Zugehör des Pfandes, folglich auch auf die Früchte, so lange sie noch nicht abgesondert bezogen sind. (§. 457.) Das Prinzip der Generalität des Pfand- und Hypotheken-Rechts steht daher neben jenem der Specialität auch nach österreichischen Gesetzen fest. Das Vorzugsrecht ergibt sich, was die Hypotheken unter sich betrifft, nach dem Alter, (§. 451. S. 257.) im allgemeinen aber beym Ausbruche eines Konkurses nach der Konkursordnung, welche in vier Klassen die Befriedigung der Gläubiger eines Ueberschuldeten vorschreibt, und nach welcher den intabulirten Hypotheken die II. Klasse angewiesen ist, \*) während in der I. Klasse, ohne Intabulation, die dort aufgeführten privilegierten Posten ihre Befriedigung erhalten.

### § 5.

## Hypotheken-Ordnung für das Königreich Baiern.

Das dingliche Recht, welches ein Gläubiger zur besondern Sicherheit seiner Forderung auf eine fremde unbewegliche Sache durch Eintragung in die dafür angelegten Bücher erwirbt, ist eine Hypothek. (§. 1.) Die neue Hypothekenordnung kennt nur gesetzliche und konventionelle Hypotheken, (§. 9.) zählt daher unter erstern auch die judiziellen auf, (§. 12. Nro. 18.) die Wirkung derselben geht jedoch nicht weiter, als das Gesetz solchen Gläubigern das Recht einräumt, ohne ausdrückliche Bewilligung des

---

\*) Prakt. Beobacht. ü. die allgem. Konkurs-Ordnung etc. von Anton Edeln von Födransperg etc. §. XV. — XVIII.



Schuldners die Hypothek durch die Eintragung in die dafür öffentlich angelegten und unter ämtlichen Glauben geführten Hypothekenbücher wirklich zu erwerben, (§. 21.) während zur konventionellen immer der nach Vorschrift der Gesetze gültig, entweder in einem Verträge, oder in einem Testamente erklärte Privatwille erforderlich ist. (§. 13. u. 15) Den Umfang der Hypothek bestimmt das Gesetz, oder der erklärte Privatwille des Schuldners (§. 17.); jedoch kann keine Hypothek auf eine unbestimmte Summe erworben werden. (§. 19.) Daher sollen Rechte und Forderungen, deren Betrag am Kapital nicht an sich genau bestimmt ist, nach ihrem beyläufigen Betrage durch Uebereinkunft oder Urtheil auf eine bestimmte Summe festgesetzt werden, vorbehaltlich der beyderseitigen Minderung oder Mehrung der Hypothek. Nothwendige Folge des (Nro. III. §. 11.) aufgestellten Grundsatzes, daß sich das Recht der Hypothek zwar auf das ganze unbewegliche Vermögen des Schuldners, welches er schon besitzt, oder in der Folge erwirbt, erstrecke, daß aber die wirkliche Hypothek im Hypothekenbuche niemals anders, als für eine bestimmte Forderung, auf bestimmte Immobilien eingetragen werden könne, jede wirklich erworbene Hypothek demnach eine Special-Hypothek seyn müsse.

Die wirkliche Erwerbung der Hypothek geschieht nur durch die Eintragung in das Hypothekenbuch, und zwar sowohl bey legalen als konventionellen Hypotheken. Ihr Karakter ist Oeffentlichkeit; (§. 24.) Der Umfang der Hypothek erstreckt sich auf die ganze Sache, worauf sie erworben ist, und auf alle Theile, so wie auf Zuwachs und Zugehörungen derselben, folglich auch auf die Früchte, so lange sie noch nicht abgesondert, oder bezogen sind. (§. 32.) Das



Vorzugsrecht richtet sich ohne alle andere Rücksicht bloß nach dem Zeitpunkte, wie (in welchem) auf ein bestimmtes Gut jede Hypothek vor der andern in das Hypothekenbuch eingetragen ist. (§. 57.) Im Falle eines Konkurses tritt vor allem die Separation der Immobilial- von der gemeinen Mafsa ein, und wenn sich unter jener Grundstücke befinden, welche im Hypothekenbuche ein eigenes Folium haben, (und dieses muß jedes unter einem Gerichte gelegene, oder zur Kompetenz eines besondern Hypotheken-Amtes gehörige unbewegliche Gut, oder jedes demselben gleich geachtete Realrecht, welches besonders besessen und veräußert werden kann, erhalten, (§. 123.) so muß, wenn auf jedem Grundstücke verschiedene Gläubiger eingetragen sind, auch über jedes Grundstück die Priorität besonders bestimmt werden. (§. 64.) Von dieser Mafsa werden noch vor den Hypothekar-Kapitalien und den während der Gant laufenden Zinsen abbezahlt, 1) die Abschätzungs- und Versteigerungskosten, 2) die Staats-Abgaben für das laufende und das Vorjahr, 3) die Dominikal- und 4) Reallasten, 5) Brandafsekuranzbeyträge, dann 6) Besoldungen und Liedlöhner für eben diesen Zeitraum. (§. 67.) Ist aber eine Foderung auf mehrere Immobilien eingetragen, so wird sie zwar bey jedem dieser Grundstücke in die Klassifikation gestellt, dabey aber bemerkt, daß sie aus dieser Immobilial-Mafse nur einmal zu befriedigen sey, vorbehaltlich der Theilung einer solchen Foderung in den Erlös aus diesen Grundstücken zum Vortheil der spätern Hypotheken. (§. 68.) Die aus der Immobilial-Mafsa nicht befriedigten Hypothekarien erhalten ihre Zahlung aus der gemeinen Mafsa, nach der an jedem Orte noch giltigen Prioritäts-Ordnung. (§. 69.) Unter den Arten der Erlöschung der



Hypothek ist (§. 76.) auch der Untergang der Sache, mit dem Anhange aufgezählt, daß dieselbe mit der Wiederherstellung der Sache Kraft des Gesetzes wieder auflebe, und sich die Hypothekar-Gläubiger bey Abrennung eines Gebäudes an das dafür aus der Assekuranz-Kassa zu erhaltende Geld halten können.

Der zweyte Titel von Führung der Hypothekenbücher und Verfahren in Hypothekar-Sachen, enthält unter andern (§. 94.) die Bestimmung, daß derjenige, welcher sich durch eine Handlung des Hypothekenamtes beschwert erachtet, sich an das Obergericht beschwerend wenden könne, welches darüber nach abgefodertem und längstens binnen 8 Tagen zu erstattenden Berichte des Hypotheken-Amtes, ohne Verzug, und ohne weitem Rekurs zu erkennen hat. Dagegen wird (nach §. 164.) der Antrag auf Löschung aus dem Titel der Kompensation im Falle des Widerspruches an die Gerichte erwiesen. Das Recht des Antrages auf Inscription, zu Gunsten Minderjähriger (der denselben gleich geachteten ist nicht gedacht,) steht zwar selbst jedem Dritten zu, was aber bey der Frau nicht der Fall ist, (§. 104. Nro. 4. u. 5.) so wie es aus dem Prinzipie der Specialität nothwendig hervorgeht, daß alle unter einem Gerichte gelegenen: oder zur Kompetenz eines besondern Hypothekenamtes gehörigen unbeweglichen Güter und fruchtbringenden Real-Rechte, welche besonders besessen und veräußert werden können, unter besondern Nummern und Folien im Hypothekenbuche eingetragen werden müssen. (§. 122.)

Dieses sind im Wesentlichen die Grundzüge des Entwurfes der neuen Hypothekenordnung für Baiern, denen man die strengste Konsequenz mit den aufgestellten Prinzipien gewiß nicht absprechen kann.



zum Urtheile vor dem kompetenten Gerichtshofe der baierischen Stände, mich gerne bescheidend, daß meine schwache Stimme gegen das schwere Gewicht höherer Autorität nicht durchdringen möge. Und auf diesen Fall erlaube ich mir nur noch folgende Bemerkungen.

I. Die preussische Hypothekenordnung hat, wie ich in der folgenden Abhandlung nachweisen werde, mit unverrückter Beybehaltung der bisherigen wesentlichen Grundsätze (des Hypothekenrechtes) nur eine mehrere Gleichförmigkeit in der Art des Verfahrens bey Behandlung der Hypotheken-Sachen eingeführt. Warum ahmen wir nicht dieses gute Beyspiel der preussischen Gesetzgebung nach, warum bleiben wir nicht auch der Maxime getreu, eine Hypothekenordnung auf die Basis des bisher bestandenen und noch bestehenden Hypothekenrechtes in Vorschlag zu bringen? Die Legal-Hypotheken können wohl nicht der Stein des Anstosses seyn. Wenigstens wird sich dieser sehr leicht, und ohne alle Kränkung eines wohl erworbenen Rechtes beseitigen lassen; Ohne daß es

II. Nöthig, oder auch nur räthlich, ja zulässig ist, (ich berufe mich darüber wiederholt auf das Urtheil der Gerichte und praktischer Geschäftsmänner) nach dem in den §§. 19 und 123. der H. O. für Baiern ausgesprochenen Principe der Specifikation (nicht Specialität) das Rechtlich Unmögliche sanctioniren zu wollen. Denn wie die in meinen Bedenken (S. 33.) Beyspielsweise nur in Beziehung auf die Inscription der Hypothek des Pupillen nothwendig sich ergebenden Anstände beseitigt werden sollen, ist in der vor mir liegenden Schrift auch nicht mit einer Sylbe berührt. Eben deßhalb bin ich auch überzeugt, daß



II. Wenn auch die Einführung der Hypotheken-Ordnung, so wie sie beantragt ist, mit Beybehaltung der in den §§. 19. u. 123. ausgesprochenen Prinzipien, somit auch aller aus denselben konsequent abgeleiteten Bestimmungen, beschlossen wird, der Erfolg meine Meinung gewiß rechtfertigen, und alle Hypothekenämter, besonders aber die Appellations-Gerichte es drückend fühlen werden, welche Zeit und welche Schreiberey die Lösung der nothwendig bey ihnen vorkommenden Zweifel und Anfragen in Anspruch nehmen werden.

Wir haben darüber schon ein Präjudiz bey dem neuen Strafgesetzbuche erlebt, wo sich bekanntlich der reichhaltige Erfolg ergab, daß außer den amtlichen Motiven, welche, im Vorbeygehen gesagt, häufig den Grundtext wesentlich abändern, nun schon der zweyte Folioband der lithographirten Rescripten-Sammlung im Werden ist. Ich bin überzeugt, daß die Einführung dieser Hypotheken-Ordnung gewis in Bälde eine ähnliche Sammlung ins Leben rufen werde, und müsse.

Uebrigens möge jeder Baier sich mit mir einsweilen dabey beruhigen, daß, wenn auch dieser Versuch noch gelingen mag, doch für die Folge die Verfassungs-Urkunde der so gemeinschädlichen Gesetzmacherey gewiß Einhalt thun werde, wenn dieselbe auch im Momente den Geist nicht zu bannen vermochte, der so lange schon und so frey in unserm Vaterlande sein Wesen trieb.

---



## II. Einleitung.

Die Bedenken gegen das Prinzip der Specialität in dem Entwurfe der Hypothekenordnung für das Königreich Baiern haben dasjenige Interesse rege gemacht, welches sich bey der Wichtigkeit des Gegenstandes erwarten liefs. Dafs die Meinungen und Urtheile darüber auch verschieden seyen, und nach den individuellen Ansichten der Urtheilenden auch verschieden ausfallen mußten, läfst sich wohl um so eher erklären, als bekanntlich jede Sache immer zwey Seiten hat, ja sogar häufig von mehrern Gesichtspunkten aus verschiedene Ansichten gewinnen kann. Deshalb, und weil die Wichtigkeit des Gegenstandes allerdings die möglichst ernste Behandlung und die sorgfältigste Beleuchtung von allen Seiten erheischt, finde ich mich aufgefordert, noch ein paar Worte über denselben zu sprechen, besonders, da die verschiedenen Urtheile hierüber lediglich auf einem Mißverständnisse zu beruhen scheinen, dessen Berichtigung ich, zum Frommen der guten Sache, für meine Pflicht halte.

### §. 1.

#### Specialität und Specification.

Der erste, und gewifs auch der gewichtigste Einwurf, der meinen Bedenken gemacht wurde, war nemlich der,

ich hätte das Princip der Specialität mißverstanden: Der Entwurf nehme dasselbe keineswegs in dem Sinne, and in der Ausdehnung, in welcher ich dasselbe auf wirkliche Fälle angewendet hätte.

Wir wollen vor allem diesen Einwurf prüfen. Derselbe wird sich am leichtesten lösen, wenn ich die hier entscheidenden 2 Paragraphen des Gesetz-Entwurfes selbst sprechen lasse.



Der erste ist:

A. Der §. 19., welcher wörtlich so lautet:

„Keine Hypothek kann auf eine unbestimmte Summe  
 „erworben werden, daher sollen Rechte und Fode-  
 „rungen, deren Betrag an Kapital nicht an sich ge-  
 „nau bestimmt ist, nach ihrem beyläufigen Betrage  
 „entweder durch Uebereinkunft zwischen Schuldner  
 „und Gläubiger, oder in deren Ermanglung durch  
 „richterliches Urtheil auf eine bestimmte Summe fest-  
 „gesetzt werden;“ u. s. w. \*)

Diese Stelle ist so klar, daß sie keiner Erläuterung bedarf, aber auch keiner Mißdeutung fähig ist. — Wie aber die Hypothekenämter oder auch die Gerichte bey der Bestimmung der Hypothek des Pupillen, jedes Kuratelmäßigen u. s. w. von dem Verwalter einer milden Stiftung, von einem Administrativ-Beamten will ich gar nicht sprechen, zu Werke gehen werden, jedesmal seye es durch Vergleich, oder im Wege Rechtens, eine bestimmte Summe auszumitteln, ohne daß entweder der Vormünder unnöthig belastet, (und das wäre gegen die Gerechtigkeit) oder der Pupill möglicher Weise gefährdet werde, (und dieses wäre offenbar gegen den Zweck der Hypotheken-Ordnung) scheint mir ein unauflösliches Problem zu seyn. Auch hat es „der Verfasser der Worte der Erfahrung“ nicht für gut gefunden, meine deßfalsigen Bedenken (S. 33) zu beantworten, oder den Knoten zu lösen.]

---

\*) Verhandlungen der zweyten Kammer der Stände-Versammlung des Königreichs Baiern. Amtlich bekannt gemacht. S. 119.



Der zweyte ist

B. Der §. 123, und lautet wörtlich so: \*)

„Alle unter einem Gerichte gelegenen, oder zur Kompetenz eines besondern Hypothekenamtes gehörenden unbeweglichen Güter, und die denselben gleich geachteten fruchtbringenden Realrechte, welche besonders besessen und veräußert werden können, müssen in dem Hypothekenbuche unter besondern Nummern und Blättern eingetragen werden.“

Deutlicher und bestimmter als dieser Satz kann meines Erachtens ebenfalls nichts mehr seyn, so daß ich kaum die Möglichkeit eines Mißverständnisses sehe. Denn nachdem

Jedes Gut oder Realrecht, welches besonders besessen und veräußert werden kann, ein eigenes Hypothekenfolium erhalten muß, so folgt hieraus wohl mit der strengsten Konsequenz, daß jedes ludeigene oder walzende Grundstück, und jedes solches Realrecht ein eigenes Folium im Hypothekenbuche erhalten müsse, weil jedes solches Grundstück, ein jedes solches fruchtbringende Realrecht besonders besessen und veräußert werden kann.

Bindender als dieser Schluß kann meines Erachtens nichts seyn, und es ist ein lediglich auf einem Mißverständnisse beruhender Vorwurf, den mir diejenigen machen, welche da glauben, als hätte ich den Begriff von Specialität mit dem von Specification vermengt. Wäre dieses wirklich der Fall, so würde diese Rüge den Gesetzes-Entwurf, nicht aber meine Abhandlung treffen. Jener mußte anders sprechen, die Fassung dieses Paragraphes mußte eine ganz andere

---

\*) Verhandlungen etc. S. 184.



seyn, wenn das Gesetz nicht das einmal beliebte Prinzip der Specialität in seiner ganzen Strenge und Ausdehnung in Anwendung bringen, und eben dadurch, in der konsequentesten Verfolgung desselben, bis zum Begriff der Specifikation hinaufsteigern wollte.

Dies geschah offenbar durch die Bestimmung, daß jedes Gut oder Recht, wenn es besonders besessen und veräußert werden kann, ein eigenes Blatt bekommen müsse,

eine Bestimmung, welche, wenn sie Ernst seyn soll, nothwendig alle Willkühr ausschließt, auch den Inn-Begriff mehrerer solcher Grundstücke oder Rechte, einen ganzen Komplex von eigenen walzenden Gründen, nur auf ein Folium eintragen zu lassen, indem das kategorische Muß des Gesetzes der dispositio hominis keinen Spielraum mehr läßt, weil eben diesem gesetzlichen Muß die rechtliche Unmöglichkeit des Gegentheiles entgegen steht.

Daß der Gesetzesentwurf wirklich diesen und keinen andern Sinn habe, beweiset überdies auch noch der Nro. 1. des §. 22. (S. 121) wo derselbe Satz mit denselben Worten ausgesprochen ist, daß

bey der Sache, oder dem Realrechte, welche, weil sie besonders besessen und veräußert werden können, ein besonders Blatt im Hypotheken-Buche erhalten, die besondern Verhältnisse z. B. des getheilten Eigenthumes u. d. g. vorgetragen werden müssen.

Dasselbe bestätigt insbesondere der §. 34. (S. 125) wo ausdrücklich bestimmt ist, daß, wenn eine Sache, welche als selbstständig früher schon ein eigenes Hypothekenfolium hatte, nun mit einem ganzen Gutskom



plexe als Pertinenzstück vereinigt wird, dennoch ihr eigenes Folium im Hypothekenbuche fortbehalten müsse. Diesem Grundsatz steht keineswegs entgegen, daß nach Nro. 4. des §. 133 (S. 150) die einzelnen Bestandtheile eines Gutskomplexes nicht verzeichnet, sondern hinsichtlich derselben nur auf das Steuerkataster verwiesen werden soll. Denn offenbar kann das Gesetz hier nur, wenn es nicht mit sich selbst in Widerspruch gerathen will, von solchen Gutskomplexen sprechen, deren Bestandtheile nicht besonders besessen und veräußert werden können.

Dieses beweiset offenbar wieder der §. 137, (S. 151) nach welchem im Falle einer Gutszertrümmerung alle Grundstücke, welche nach derselben einzeln besessen werden, unter besondere Nummern und Blättern in das Hypothekenbuch eingetragen werden müssen. Allen Zweifel hierüber heben aber gewis die Muster-Einträge I. und II. (S. 171 u. 177) indem ja von dem Mannlehenbaren Rittergute Hohenberg eben so wenig, als von dem erbrechtbaren Halbhofe zu Breuberg, der Haselhof genannt, Ein Grundstück oder Ein Realrecht besonders besessen oder veräußert werden kann, folglich nach dem Gesetze allerdings der kollektive Eintrag geschehen mußte, während im vollen Einklange mit dem Gesetze die 2 Tagw. Acker (Nro. 4. S. 185) und die 24 Tagw. Holz, (Nro. 5. 187) einen eigenen Nummer und ein eigenes Folium erhielten, und erhalten mußten, weil sie besonders besessen und veräußert werden können.

Sollte wohl nach diesen aus dem Gesetzes-Entwurfe selbst gemachten Nachweisungen noch ein Zweifel übrig seyn können, daß diejenigen groß irren, welche mir Schuld geben wollen, als ob ich den Gesetzes-Entwurf in dieser Beziehung mißverstanden hätte? Daß ich ihn



verstanden, und wohl erwogen habe, mögen neben den obigen Nachweisungen auch noch folgende Bemerkungen erweisen.

Es ist richtig, daß weder die französische noch die preussische, noch selbst die österreichische Legislation das Prinzip der Specialität in dem Sinne aufstellte, und in der Ausdehnung durchführte, in welcher dieses in dem Entwurfe für die baierische Hypotheken-Ordnung geschah. Allein eben in dieser streng konsequenten Durchführung, in dieser Steigerung des Prinzipes auf den Kulminationspunkt, wollte, so deucht mirs, die baierische Legislation den Fremden noch den Vorrang abgewinnen. Das Bestreben ist löblich und gut, wer sollte dieß mißkennen? Allein da, nach meiner innigsten Ueberzeugung, und die von mir aufgezählten praktischen Fälle sollen dieselbe meines Erachtens zureichend begründen, eben diese konsequente Durchführung die Unhaltbarkeit des Prinzipes selbst darthut, wenigstens in der konsequenten Anwendung desselben unübersteigliche Hindernisse finden würde, so muß ich, der mir gemachten Bemerkungen ungeachtet, meine Bedenken dagegen noch immer als höchst gegründet erachten. —

Jedoch, glaube ich, daß durch eine kleine Modification sehr leicht geholfen werden könne. Man braucht nur die Wörtchen kann und muß wegzulassen, und die Sache gewinnt dann alsbald ein anderes Ansehen. Das Gesetz würde in diesem Falle ungefähr so lauten:

„Jedes Immobile, (Grundstück oder Realrecht) welches besonders besessen wird, kann im Hypothekenbuche einen eigenen Nummer, und ein eigenes „Folium erhalten. \*)

---

\*) Daß diese Fassung mit dem §. 123. keineswegs identisch seye, bedarf wohl keiner besondern Erinnerung.



In diesem Falle, ich gestehe es, würde die Sache vielleicht weniger Schwierigkeiten haben; Wenigstens würden in der Anwendung sich keine so mächtigen Hindernisse entgegenthürmen, als es bey der strengen Anwendung des §. 123 nothwendig der Fall seyn müßte, weil es nach dieser Fassung des Gesetzes immer noch der Willkühr des Schuldners freygestellt bleiben würde, ob er ein Grundstück besonders, oder als *Apertinens* zum Hauptgute besitzen, sohin demselben ein eigenes Hypothekenfolium geben wolle, oder nicht.

Allein diese Fassung des Gesetzes würde das Princip der Specialität in dem Sinne, in welchen es der Entwurf der H. O. meint, geradezu aufheben, was derselbe unmöglich wollen konnte. Denn angenommen, daß der §. 123 in der oben angegebenen Art gefaßt worden wäre, so würde es,

1) Hienach von der Willkühr des Schuldners abhängen, einen ganzen Guts-Komplex, oder nur einen Bestandtheil desselben speciell zu verschreiben. Ist aber dieses, so ist ja das Princip der Specialität hiedurch schon für sich in das der Generalität metamorphosirt, in dem Sinne nemlich, in welchem ich dasselbe in meinem Bedenken (S. 37 H.) mit Beschränkung auf das Princip des Realkredites in Vorschlag brachte. Würde daher

2) Diese Fassung des streitigen Paragraphes beliebt, und darnach auch die übrigen Bestimmungen modificirt, so wäre dann auch das bestehende Hypothekenrecht im Wesentlichen beybehalten, und ich würde der vorgeschlagenen Fassung dieses Paragraphes dann nur noch die Modification beyzusetzen vorschlagen:

„Jedoch steht in diesem Falle auch noch jedem



„Gläubiger frey, seine Forderung neben einem speciell verschriebenen Gutstheile, auch noch auf das ganze Realvermögen des Schuldners eintragen zu lassen.“

Und eben deshalb lebe ich der vollen Ueberzeugung, daß

3) Die bisherige Gesetzgebung in Baiern, in Bezug auf das Hypothekenrecht, besser, und der Natur der Sache, dann dem Interesse der Gläubiger entsprechender war, als die neu in Antrag gebrachte je seyn würde; Denn die auf einen besondern Vermögenstheil konstituirte Specialhypothek gab bisher dem Gläubiger das Recht, sich vor allem vorzüglich an diese zu halten, und im Falle verzögerter Zahlung vorzugsweise auf derselben Subhastation antragen. Sie gewährte ihm also das parateste Mittel zu seiner Befriedigung. Das bishertge System verschafte aber auch jedem Gläubiger die möglichst größte Sicherheit. Denn hatte er sich

4) Neben seiner Specialhypothek auch noch eine generelle konstituiren lassen, so war er in und außer dem Konkurse selbst auch auf den Fall gedeckt, daß seine Specialhypothek ganz zu Grunde gegangen, oder doch auf was immer für eine Weise im Werthe so herabgekommen ist, daß dieselbe zur Tilgung der ganzen Schuld nicht mehr zureichte.

Wird dabey noch erwogen, daß der Begriff der Specialität, wie denselben die neue Hypothekenordnung nimmt, mit demjenigen, welcher in dem bestehenden Gesetze angenommen ist, keineswegs in Harmonie stehe, indem nach unserm Gesetze nur die auf ein oder einige Vermögenstheile konstituirte Hypothek eine specielle, die Verschreibung eines ganzen Komplexes (bisher auch mit allen Mobilien, Rechten, und selbst



dem zukünftigen Vermögen) eine generelle genannt wurde, \*) so ist es wohl ohne weiterer Erörterung für sich klar, daß eine solche neue, mit dem bisherigen Gesetze durchaus nicht in Harmonie stehende Bestimmung nothwendig zu Verwirrungen Anlaß geben müßte.

Nach diesen Prämissen glaube ich den Vorwurf eines Mißverständnisses vollkommen von mir abgelehnt zu haben. Vielmehr bin ich überzeugt, daß diejenigen, welche mich dessen beschuldigt haben, selbst in einem großen Mißverständnisse versiren, welches ich durch die gegenwärtige Erörterung gehoben zu haben denke.

Zum Schlusse erlaube ich mir nur noch einige allgemeine Bemerkungen über die Hypothekenordnung selbst.

## §. 2.

### Unterschied zwischen Hypotheken-Recht, und Hypothekenordnung.

I. Der neue Gesetzes-Entwurf scheint mir den Begriff der Hypothekenordnung zu weit zu nehmen.

Ich glaube, daß zwischen Hypothekenrecht und Hypothekenordnung ein wesentlicher Unterschied bestehe, und auch gemacht werden müsse. Jenes ist ein integrierender Theil des Civil-Gesetzes.

---

\*) Cod. civ. P. II. Cap. 6. §. 5. Die Eintheilung in hypothekas universales, Generales et Speciales kennt unser bisheriges Gesetzbuch nicht. Sie müßte daher, wenn sie praktische Anwendung finden sollte, erst gesetzlich sanctionirt werden.



Buches, und dort vollständig und erschöpfend, in Verbindung mit dem Pfandrechte in specie zu behandeln. \*) Die Hypothekenordnung hingegen kann sich ihrem Begriffe nach nur mit der Form und den Erfodernissen der Eintragung der Hypotheken in die Hypothekenbücher befassen. \*\*)

Die Sache ist so einleuchtend, daß sie wohl keines weitläufigen Beweises bedarf. Allein eben daraus folgt, daß

1) Das Hypothekrecht der Hypotheken-Ordnung vorangehen müsse, daß es somit, wo nicht ganz unthunlich, doch höchst gewagt seye, inverso ordine die Hypothekenordnung dem Hypothekengesetze voranzusenden. Das Hypothekrecht aber

\*) Wenn ich nicht irre, so hat die ehemals bestandene Gesetzgebungs-Kommission (Allg. Reggs. Bl. v. J. 1815. S. 585.) in dem Entwurfe des neuen baierischen Land-Rechtes diesen Unterschied sehr richtig bestimmt, und das Hypothekrecht auch dort abgehandelt, die Hypothekenordnung aber einem eigenen Entwurfe vorbehalten.

\*\*) So sah die Sache auch die preussische Legislation an, welche das Hypothekrecht im allgemeinen Gesetzbuche behandelte, die Hypothekenordnung aber eigens bekannt machte, „durch welche, mit unverrückter Beybehaltung der bisherigen wesentlichen Grundsätze, eine mehrere Gleichförmigkeit in der Art des Verfahrens bey Behandlung der Hypotheken-Sachen eingeführt werden sollte.“ (Vergl. Allg. Hypothekenordnung für die gesammten königlichen Staaten. Berlin 1784. S. 1) Von demselben Grundsatz ist auch die Oesterreichische Gesetzgebung ausgegangen, als dieselbe das Landtafelpatent v. 22. April 1794 für Böhmen und Mähren erließ. (Vergl. Franz II. Gesetze und Verfassungen etc. vom J. 1792 — 98. S. 96. ff.)



2) Zugleich mit der Hypothekenordnung, wie es in dem Entwurfe geschieht, verbinden zu wollen, heisst den Begriff einer Hypothekenordnung zur Ungebühr erweitern, und zugleich

3) Dem künftigen bürgerlichen Gesetzbuche vorgeifen. Denn wie soll da das Pfand- und Hypothekenrecht behandelt werden? Soll sich das Gesetzbuch etwa nur auf die Hypothekenordnung beziehen, wie es z. B. im Strafgesetzbuche mit der Bestimmung über die Strafe des Wilddiebstahles geschieht. \*) Allein in diesem Falle würde, abgesehen von der Nothwendigkeit, das Pfandrecht dennoch zu behandeln, dem Gesetzbuche gewiss mit vollem Rechte der Vorwurf der Unvollständigkeit gemacht werden. Es würde daher nöthig seyn, den grössten Theil der Hypothekenordnung, so weit derselbe nämlich das Hypothekenrecht betrifft, in das Gesetzbuch wieder aufzunehmen. Wie aber, wenn bis dahin das System wieder geändert wird, wenn ein anderes Prinzip, (denn an den Prinzipienwechsel sind wir nun einmal gewöhnt) das bisherige verdrängt, was bleibt dann anders übrig, als wieder eine neue Hypothekenordnung zu machen? Sollte es demnach nicht besser seyn, mit der neuen Hypothekenordnung gleichwohl zuzuwarten, bis wir vorerst das schon so lange angekündigte Civil-Gesetzbuch, und mit demselben das neue Hypothekenrecht haben werden, mit dessen praktischer Anwendung sich die Hypotheken-Ordnung allein und ausschliessend zu befassen hat.

### §. 3.

#### Mangel vollendeter Harmonie.

II. In dem Entwurfe der Hypothekenordnung, so klar, bestimmt, und deutlich übrigens die Fassung der

---

\*) Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern, Thl. I. §. 218.



einzelnen Paragraphe ist, scheint mir dennoch nicht überall die vollendetste Harmonie zu herrschen. Vor allem hierüber nur folgende Bemerkungen:

1) Legale Hypotheken in dem Sinne, daß dieselben auch ohne Inscription ein dingliches Recht begründen, giebt es nach dem Entwurfe durchaus nicht mehr. Nur die Eintragung begründet die wirkliche Hypothek. (§. 21 S. 120. ff.)

2) Im Falle eines Konkurses haben nur die eingetragenen Hypotheken den Anspruch auf Befriedigung aus der Immobilial-Massa. (§. 64. S. 132) Reicht aber diese nicht zu, so werden die im §. 67. bemerkten Forderungen bey der allgemeinen Konkurs-Massa in jene Stelle eingereiht:

welche jeder Forderung, von der erlangten Hypothek abgesehen, vermöge ihrer ursprünglichen Eigenschaft, nach der an jedem Orte noch gültigen Prioritätsordnung zukömmt. (§. 69. S. 134)

Ich gestehe freymüthig, daß ich

3) Diese Bestimmung mit den übrigen, und besonders mit dem aufgestellten Principe durchaus nicht in Harmonie bringen kann. Denn während das Gesetz mit der einen Hand allen stillschweigenden und privilegirten Hypotheken den Tod giebt, restituirt es dieselben mit der andern gleichsam wieder in integrum, und zwar so, daß diese stillschweigenden und privilegirten Hypotheken sogar den eingetragenen gefährlich werden können. Ein Beyspiel möge die Sache näher beleuchten.

Ein Handelsmann in einer Provinzialstadt besitzt neben Haus- und Grundstücken ein nicht unbeträchtliches Waarenlager. Die Realitäten sind um 3000 fl. Waarenlager und Mobilien aber für 2000 fl. verwerthet.



Die Immobilial-Massa beträgt also 3000 fl. die gemeine 2000 fl.

Auf jene sind eingetragen:

a) Die Staats- und grundherrlichen Abgaben, die Brandversicherungs-Beyträge, Liedlöhner, u. d. g. im Gesamtbetrage von 500 fl.

b) Ein Hypothekalvorlehen des Titius von 3000 fl. und nach demselben

c) Ein weiteres Vorlehen von 2000 fl. welches vom Kajus zur Wiederherstellung des durch Ueberschwemmung dem Einsturze nahegebrachten Hauses vorgeliehen und erwiesener Massen dazu verwendet worden ist, der neuen Hypothekenordnung zu Folge aber keine Praelation mehr genießt. Nun kömmt es

c) Zum Prioritäts-Erkenntniß, und zur Distribution. Da von der Immobilial-Massa schon 500 fl. vorweg abgehen, so erhält Titius da nur mehr 2500 fl. von seinem Kapitale, und muß sich mit den übrigen 500 fl. sammt Zinsen an die gemeine Massa hinweisen lassen. Und man sollte denken, daß er da seine volle Befriedigung, und zwar vor dem nach ihm eingetragenen Kajus erhalten müßte; Keineswegs.

Nach dem §. 69. tritt in Bezug auf die gemeine Massa die an jedem Orte giltige Prioritäts-Ordnung, und zwar abgesehen von der erlangten Hypothek, somit ohne alle Rücksicht auf die Eintragung ins Hypothekenbuch ein. Kajus wird daher ohne allen Anstand auf den Grund

Cod. jud. Cap. XX. §. 5. Nro. 1.

allen Hypothekenbüchern zum Trotz dem Titius das Geld vor der Nase wegziehen. — Ich finde in diesen Bestimmungen, ich gestehe es wiederholt, durchaus keine Harmonie. Eben so wenig halte ich bey der kla-



ren Bestimmung des §. 69. einen Mißverstand für möglich. Sollte jedoch ein solcher dennoch obwalten, so erwarte ich Belehrung und Zurechtweisung, und bin dann zum Widerruf bereit.

## §. 4

### Falsung des Entwurfes.

III. Noch glaube ich in Bezug auf die Falsung dieses Gesetzes-Entwurfes folgende Bemerkungen zur nähern Erwägung vorlegen zu dürfen. Leider hat sich die den Franzosen und Preußen abgeborgte Artikel-Form in viele der neuern Gesetze Baierns eingedrungen. Herr Staatsrath von Gönner hat dagegen mit siegenden Gründen \*) die Vorzüge der periodischen Schreibart für ein Gesetzbuch gegen die Form abgerissener Sätze bewiesen, und ist in dem Entwurfe seines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen in dieser Hinsicht mit einem gewis musterhaften Beispiele vorangegangen. — Zum Theile, jedoch nicht ganz, scheint diese Maxime auch beym Entwurfe der neuen Hypothekenordnung zum Grunde gelegt worden zu seyn. Doch wurde sie ersichtlich nicht überall befolgt, sondern mehr der Artikelform gehuldigt, worüber gleich die ersten Paragraphe den evidenten Beweis liefern.

Und doch hat eben diese Artikelform, neben den unvermeidlichen Beschwerlichkeiten beym Studium und bey der Anwendung der Gesetze, auch noch für den Legislator selbst die bedenkliche Folge, daß er sehr

---

\*) Entwurf eines Gesetzbuches ü. d. g. Verfahren in b. Rechtssachen. B. I. Vorr. S. XXVIII. M. vergl. auch Frhrn. von Kreitmayers Vorrede zu den Anmerk. ad Cod. jud. S. 12.



eine bestimmte Summe festgesetzt wird. Ich finde aber hiebey zu bedenken, daß,

b) Dabey das Hypothekenbuch gerade den Zweck, den es erreichen soll, nicht erreicht. Denn, was fruchtet dem Pupillen die Rettung eines Viertheiles seines Vermögens, wenn drey Viertheile zu Verlust gehen? Ist der Vormünder ein leichtsinniger, schlechter Wirth, so darf wohl unter zehn Fällen auch neunmal angenommen werden, daß der Vorbehalt des Rechtes auf eine neue Eintragung beym Daseyn früherer Inscriptionen, ohne Folge seyn werde. Dann

b) Wer soll sich mit den Vormünder für den Pupillen vertragen? Wer soll, wenn eine Uebereinkunft nicht zu Stande kömmt,

c) Den Proceß für den Pupillen führen, und wer sorgt, bis dieser ausgeht, für die Sicherheit seines Vermögens? Ein Kurator in Litem dürfte eben so wenig genügen, als der Vorbehalt von Regressklagen, oder gar das flebile beneficium der Syndikats-Klage.

d) Das Vorzugsrecht, welches nach der bisherigen Legislation die Verwendung eines Darlehens, zur Wieder-Erbauung oder Reparation eines Gebäudes \*) dann begründete, wenn diese Verwendung gehörig nachgewiesen, und alsbald die ausdrückliche Verschreibung desselben nachgesucht wurde, hat nach der neuen Hypothekenordnung nicht mehr Statt. Ich finde durchaus keinen zureichenden Grund, diese meines Erachtens vollkommen vernunftgemäße gesetzliche Bestimmung zu beseitigen, besonders bey einem auf das Prinzip der Specialität zu basirenden Hypotheken-Systeme. Denn da mit dem Untergange

---

\*) Cod. jud. Cap. XX. §. 5. Nro. 4.



der Sache die Hypothek zwar erlöscht, jedoch mit der Wiederherstellung derselben Kraft des Gesetzes wieder auflebt, (§. 76.) so zweifle ich, ob es einen Gläubiger, einen Baumeister oder Handwerksmann geben wird, welcher gutmüthig genug wäre, zur Wiederherstellung eines wegen Alter eingestürzten, oder durch Brand zerstörten nicht afsecurirten Gebäudes Geld oder Materialien herzugeben, wenn er im Voraus weiß, daß er dadurch nur die bereits erloschene Hypothek wieder aufleben macht, dabey sich aber mit mathematischer Gewisheit den Kalkul ziehen kann, sein vorgeschossenes Baukapital oder die verwendeten Baumaterialien und bezahlten Arbeitslöhner, wenn nicht ganz, doch größtentheils zu verlieren. — Allein es kann ja der Hypothekar-Gläubiger, dessen Interesse es ohnehin erfordert, für die Wiederherstellung eines solchen Gebäudes sorgen! Das ist sehr gut, allein es kömmt dabey, wenn er auch den Willen hat, doch gewiß vor allem auf die Mittel an; Und wenn es ihm an diesen gebricht, was bleibt ihm dann zu thun übrig? Er muß, will er anders sein Kapital nicht als gewiß verlohren ansehen, dem Baumeister oder dem neuen Darleiher das Vorzugsrecht vor sich durch einen Vertrag einräumen, welchen die bisherige Legislation durch die gewiß vernunftgemäße Bestimmung im eigentlichen Sinne von Rechtswegen festgesetzt hat.

#### §. 10.

#### Korollarien aus obigen Sätzen.

Aus diesen Prämissen darf ich daher wohl mit Zuverlässigkeit die Folgerungen ableiten, daß

- 1) Das Princip der Specialität, weit entfernt, die Sicherheit des Gläubigers zu vergrößern, dieselbe vielmehr häufig gefährden könne, daß



2) In eben dem Maase, in welchem jeder Gläubiger bedacht seyn wird, durch grössere Specialhypotheken sich auf jeden möglichen Fall die erforderliche Sicherheit zu verschaffen, der Kredit des Staatsbürgers vermindert, statt vermehrt werden müsse, woraus sich die Verminderung des Gesamt-Kredites, und somit dieses ideelen Staats-Vermögens gleichfalls von selbst ergibt.

3) Es kann nichts anders, als ein Machtspruch, ein Gewaltsreich seyn, wenn denjenigen Gläubigern, welche nach der bisher bestandenen Legislation ein allgemeines Hypothekrecht erworben haben, dasselbe nunmehr auf einmal entzogen wird, und sie durch das Gesetz gezwungen werden, statt der Hypothek eines ganzen Gutes sich mit der Verschreibung eines oder einiger Theile desselben zu begnügen. Endlich und

4) Steht dieses Princip der Specialität mit allen bisher in Baiern bestandenen Legislationen nicht nur nicht in Harmonie, sondern im direktesten Widerspruche; Und es ist eben deshalb auch dem Scharfsinnigsten Geiste unmöglich, alle die Anomalien, Widersprüche und Anstände im Voraus zu berechnen, welche sich bey der Anwendung dieser Bestimmungen nothwendig ergeben müssen, besonders wenn erwogen wird, wie sehr gerade dieser Zweig des Privatrechtes in alle bürgerlichen und kommerziellen Verhältnisse eingreift, wenn man auch davon Umgang nehmen will, daß selbst auch hinsichtlich des Processes, der auf die bisherige Legislation berechnet ist, sich ganz gewis manche Schwierigkeiten und Anstände ergeben würden. Und was ist denn endlich

5) Im wesentlichen gewonnen, wenn in Beziehung auf die gemeine Masse, (nach §. 69.) auch ferner noch die an jedem Orte bisher giltige Prioritäts-Ordnung in Anwendung kommen soll? Lei-



der ist es in dieser Beziehung noch ein trauriger Mifsstand im baierischen Reiche, dafs da noch zur Stunde beynahe eben so viele Lokations-Ordnungen bestehen, als es mediatisirte Fürstenthümer und Grafschaften, Bisthümer, Reichsabteyen und Reichsstädte in sich fafst, ein Mifsstand, dessen baldige Beseitigung allerdings sehr wünschenswerth wäre, und gerade von der neuen Hypothekenordnung mit allem Rechte erwartet werden sollte, statt dafs dadurch nunmehr diese höchst nachtheilige Verschiedenheit der Rechte und Gesetze in einem und demselben Staate vom Neuen die gesetzliche Sanktion erhalten sollte!

### §. II.

## Rechtliche Basis eines Hypotheken-Gesetzes für Baiern.

Indessen, obgleich auf alle fragmentare Gesetzgebung und Verbesserung mißtrauisch, glaube ich doch, dafs die Einführung eines Hypothekenbuches nicht nur thunlich, sondern höchst wünschenswerth, ja sogar, dafs Sie dringendes Bedürfnifs sey, ohne defshalb dem keineswegs identischen Satze zu huldigen; dafs wir ein neues Hypothekensystem haben müssen. Dieses ist es vielmehr, was ich für widerrechtlich, in jedem Falle für gewagt, ja für gefährlich halte, und gegen welches ich aus den angeführten Gründen das Bedenken habe, dafs es, statt den Kredit zu befördern, denselben schwächen, und statt die Sicherheit der Gläubiger zu vermehren, dieselbe vielmehr vermindern werde. Diese Anstände können, glaube ich beseitigt, und jedem Vorwurfe von Rechtsverletzung durchaus vorgebeugt werden, wenn eine Hypotheken-Ordnung auf folgende Grundsätze gestützt, entworfen wird.



I. Oeffentlichkeit der Hypotheken-Bücher, und zwar, sowohl in Hinsicht auf die Form, als auf den Inhalt, und so, daß jedem, der ein Interesse auch nur bescheinigen kann, die Einsicht derselben frey stehen muß.

II. Generalität mit oder auch ohne Specialität der Hypothek in objektiver Hinsicht. Ein Prinzip, welches in allen jenen Theilen des Reiches, in welchen das gemeine Recht, oder ein auf die Basis desselben gebautes Statutar-Recht galt, schon gesetzlich besteht, folglich keine Rechtsänderung, minder eine Rechts-Verletzung zur Folge hat, ja das letztere auch nicht einmal in jenen Gebiethetheilen, wo nach preussischem oder österreichischem Rechte mit mehr oder minderer Strenge das Prinzip der Specialität besteht, weil alle diese ja ihre Specialhypotheken beybehalten, und durch die Erwerbung von Generalhypotheken nur gewinnen, nie verlieren können, folglich eine Rechts-Verletzung gegen dieselben durchaus nicht denkbar ist.

III. Ob das Hypothekenrecht lediglich auf Immobilien, und die demselben gesetzlich gleichgeachteten Rechte, wie in Preussen und Oesterreich, und zum Theile auch in Frankreich beschränkt, oder ob dasselbe, wie bey den Römern und bisher in Baiern und ganz Teutschland, auf alles wie immer Namen habende Vermögen des Schuldners fernerhin ausgedehnt belassen werden solle, ist eine Frage, die ich nicht zu entscheiden wage, deren Gründe für und wider aber einer reifen und ernsten Deliberation untergestellt werden dürften, ehe auf den Grund der Autorität der preussischen und österreichischen Legislation für das System derselben entschieden wird, ohne zu bedenken, daß dagegen die römische und



baierische, und zum Theile auch die französische Gesetzgebung in die Wagschaale gelegt werden kann. Wird aber auch durch überwiegende Gründe, die ich gerne anerkenne, der Grundsatz festgesetzt, und sanktionirt, daß Hypotheken durchaus nur auf Immobilien, und die denselben gleichgeachteten Rechte \*) konstituiert werden können, so glaube ich doch, daß bey der Redaktion der Hypothekenordnung

1. Das Hypothekenrecht als dingliches Recht auf Immobilien nicht gesondert, sondern in Verbindung mit dem Pfandrechte, als dem dinglichen Rechte auf tradirte Objekte, behandelt werden müsse. Wenigstens sprechen dafür außer den römischen und baierischen auch die französischen, preussischen und österreichischen Gesetzbücher.

2. Kann ich mir eine Hypothekenordnung ohne eine vollständige Lokations-Ordnung nur dann denken, wenn dieselbe gleichzeitig mit einem neuen Gesetzbuch ihr Daseyn erhält. Wird sie aber bloß fragmentar geschaffen, und dadurch mehr oder minder bisherige Rechte oder auch nur Formen geändert, so scheint mir gleichzeitig eine vollständige und umfassende Lokations-Ordnung eben so unerläßliches Bedürfnis zu seyn, als

3. Im Falle wesentlicher Veränderungen oder Modifikationen eine passende und angemessene Konkurs-Processordnung, indem, wenn einmal fragmentar ver-

---

\*) Welche sind diese? Wer denkt dabey nicht an die noch immer unter den Gelehrten streitige Frage, die auch nach unserm Gesetze bisher keineswegs entschieden ist, welche Rechte den Immobilien gleichgeachtet werden müssen? Auch in dem Entwurfe der neuen Hypotheken-Ordnung vermisse ich darüber jede Bestimmung.



bessert werden muß, das Fragment doch wenigstens vollständig, und, so viel es möglich, ein für sich bestehendes vollendetes Ganzes seyn soll. Und zum Schlusse noch

IV. Die dringende Bitte an alle, die in dieser wichtigen Angelegenheit eine Stimme zu führen haben, Nichts zu übereilen, und nichts, ohne die Stimme des Publikums, der Gelehrten, praktischer Geschäftsmänner und vorzüglich der Gerichte vernommen zu haben, zu beschliessen.

Wer, als die Gerichtshöfe, und noch mehr die Untergerichte, welche täglich mit Gegenständen dieser Art in unmittelbarer Berührung stehen, kann wohl ein giltigeres Urtheil über die Möglichkeit der praktischen Anwendung eines noch so glänzend vorgetragenen Systemes fällen, dessen Neuheit allein schon oft die Augen der Gelehrten blendet; Wer die etwaigen Anstände, Mängel und Lücken leichter auffinden, als jene Geschäftsmänner, zu deren Technik es gewissermaßen gerechnet werden muß, die Ideen des Gesetzgebers im Staats-Verbande zu verwirklichen. Der Zeit-Verlust (die Noth ist so dringend noch nicht) kann hier, wo die Privat-Rechte von Millionen rechtlicher Staatsbürger und selbst vieler Ausländer zu beachten sind, wohl kaum in Betracht gezogen werden, und es dürfte hier wohl das Motto ganz an seinem Orte stehen:

Sat cito, si sat bene!

---







F o r t s e t z u n g

d e r

R e v i s i o n

d e r

G e s e t z g e b u n g

u n d

R e c h t s p f l e g e

i n

B a i e r n.



Fortification

Position

and

Geological

and

Historical

in

Baron



---

## B e m e r k u n g e n

ü b e r d i e

Jahrbücher der Gesetzgebung und Rechtspflege  
im Königreich Baiern. Von Dr. N. T. v. Gön-  
ner, königl. baier. wirklichem Staatsrathe und  
des Civil-Verdienst-Ordens Ritter, und Dr.  
Philipp von Schmidlein, königl. baier. Justiz-  
Ministerial-Rathe und des Civil-Verdienst-Or-  
dens Ritter. Zweyter Band. Erlangen bey  
Palm.

## V o r e r i n n e r u n g .

---

**D**er erste Band der besonders für baierische Geschäfts-  
Männer so höchst interessanten Jahrbücher wurde in  
den Litter. Monats-Berichten vom Jahr 1818 zweytes  
Junius-Stück angezeigt, und die Vorrede des ersten  
Bandes mit jener der zur gleichen Zeit erscheinenden  
Jahrbücher des Freyherrn Christoph v. Aretin zusam-  
men gestellt.

Es kann den baierischen Geschäftsmännern nur  
höchst angenehm seyn, von dem zweyten in jedem Falle  
sehr interessanten Bande eine nähere, jedoch gedrängte  
Kenntniß zu erhalten.



Schon die Namen der geachteten Herausgeber, vorzüglich aber der Umstand, daß sie auch aus der Quelle schöpfen konnten (Vorr. z. ersten B. Nro. IV.) muß diesem Werke wenigstens den halb officiellen Charakter aufdrücken; wenn nicht noch überdies der Name eines von Goenner im Gebiete des Processes und des Straf-Rechtes gleichsam die Vermuthung der unbezweifelten Wahrheit für sich hätte.

Indessen möchten doch nicht alle in diesem Bande aufgestellten Sätze durchaus richtig seyn, oder doch die strengere Kritik aushalten, welche wohl schon deshalb zulässig ist, weil die Hrn. Herausgeber, in der eben angezogenen Vorrede zum I. Bande, die Darstellung und Ausführung der Gründe für ihre Privatmeinung erklären, und in dem vorliegenden II. Bande (S. 284) selbst die Schranken doktrinelier Kontroversen eröffnen; Ja eine nähere Prüfung möchte sogar nothwendig seyn, weil schon allein die hohe Autorität der Namen, welche das Werk zieren, für Viele mehr, als alle Gründe gelten, Manche schon, in der Ueberzeugung der Unmöglichkeit, daß so allgemein geachtete Gelehrte und Geschäftsmänner irren könnten, vor einer nähern Prüfung zurück geschreckt werden, deren nicht zu gedenken, welche die bekannte vis inertiae von jeder gründlichen Forschung zurück hält, und wodurch so leicht der allgemeinen Verbreitung unrichtiger Rechts-Ansichten im Vaterlande der Weg gebahnt wird.

Dies als Vorerinnerung zu nachfolgenden Bemerkungen über dieses höchst schätzbare Werk.



## §. 1. Von der in Baiern bestandenen Gesetzes-Kommission.

In der obgleich kurzen doch umfassenden und in jeder Hinsicht höchst interessanten Uebersicht der in Baiern geltenden Gesetze ist (§. 6. S. 5) der schon im Jahre 1811 eigens niedergesetzten Gesetzgebungs-Kommission gedacht, als deren Mitglieder in der Note die geachteten Namen Adam Frhr. v. Aretin, Paul Anselm von Feuerbach, und Nik. Tad. v. Goenner genannt werden. Der Bestand dieser Kommission war damals nicht öffentlich bekannt gemacht worden, was eben die Veranlassung gegeben haben mag, daß man sich Herrn von Feuerbachs Prädikat, „Mitglied der Gesetz-Kommission,“ auf den Tittelblättern seiner Themis, und der Betrachtungen über des Geschwornen-Gericht \*) damals nicht wohl erklären konnte. Auf jeden Fall scheint aber diese Kommission nur vorübergehend gewesen zu seyn, da erst im Jahre 1815 eine ständige Gesetz-Kommission unter der unmittelbaren Leitung des Herrn Justizministers geschaffen wurde, welche aus vier Mitgliedern bestund, wovon zwey aus der obersten politischen Stelle, und zwey aus dem Justiz-Ministerium ernannt wurden. Diese waren der damalige geh. Rath und Justiz-Referendär v. Effner, und der geh. Justiz-Referendär von Goenner. Jene der geh. Rath und Chef der Lehen und Hoheits-Sektion, Adam Frhr. v. Aretin, und der Oberpolizey-Rath von Stürmer. \*\*) Man sieht nicht ab, warum

---

\*) Themis, oder Beyträge der Gesetzgebung. Von Dr. Paul Joh. Anselm Feuerbach etc. Landshut b. Krüll. 1812. Betrachtungen über das Geschwornen-Gericht. Von P. J. A. Feuerbach etc. Landshut b. Krüll 1813.

\*\*) Allg. R. B. v. J. 1815. St. XXX, S. 585.



dieser Gesetzkommision in der angezogenen Stelle der Jahrbücher nicht Erwähnung geschah. Eben so wenig kann man den Wunsch unterdrücken, daß dieselbe, da sie sich in Folge der eingetretenen organischen Veränderungen von selbst aufgelöst zu haben scheint, um so mehr wieder ins Leben gerufen werden möchte, als die durch die Verordnung vom 3ten May 1817. dem Staatsministerium der Justiz ausschließend heimgegebene Berathung über legislative Gegenstände \*) nicht genügen, auch das hierinn gebothene Benehmen mit dem einschlägigen Ministerium in Fällen, welche den Geschäfts Kreis desselben berühren, nicht immer ganz und vollkommen gegen die so leicht mögliche Einseitigkeit schützen, auf jeden Fall aber gewis immer die in der neuesten Konstitution ausdrücklich vorbehaltene Deliberation der Reichsstände sehr erschweren dürfte. \*\*)

## §. 2. Ueber die Kemptner Landtafel.

Die erläuternden Bemerkungen zu den in den Regierungsblättern bereits abgedruckten Verordnungen sind für den praktischen Geschäftsmann sowohl, als den theoretischen Forscher, um so interessanter, als sie gewissermaßen, eben, weil die Herrn Herausgeber aus der Quelle schöpfen, die Stelle wenigstens halb officieller Motive vertreten, folglich die richtige Ansicht der Gesetze eben so als ihre Anwendung erleichtern. Vorzüglich dankenswerth ist die Mittheilung des schätzenswerthen Aufsatzes über die Landtafel des ehemaligen Reichsstiftes Kempten; (S. 85 — 110) Wobey jedoch des dort gleichzeitig eingeführten Todten-

---

\*) All. R. B. v. J. 1817. St. XIX. Buchst. A. Ziff. 3. u. 4. S. 428.

\*\*) Verfassungs-Urkunde vom 26. May 1818. Tit. VII. §. 2.



**Buches**, einer Art Pfandbuches über das Mobiliar-Vermögen, hätte erwähnt werden können, wenn dasselbe auch gleichwohl als Muster aus dem einfachen Grunde nicht angepriesen werden kann, weil für den Betrag des Mobiliare, als Aktiv-Masse, wie es sehr begreiflich ist, keine Garantie geleistet werden kann, und eben deshalb die Kolumne des Aktivstandes immer leer stehen muß.

Recht sehr ist aber zu beherzigen, was in den Noten zu den §. 2. u. 4. (S. 87.) gesagt wird, daß „die Einführung von Hypothekenbüchern grössere Umsicht erfordere, und die Sache da ja nicht mit einem Federzuge abgethan sey, daß eine unerfahrene Hand in legislativen Dingen einen unermesslichen Schaden bringen könne, und daß derjenige von Legislation gar keinen Begriff habe, welcher glaubt, aus drey oder vier Gesezbüchern könne man leicht das fünfte machen.“

Nicht so geradezu möchte die in der Note zu §. 15. (S. 95.) enthaltene Behauptung, „daß in einem richtigen Hypotheken-Systeme jede Forderung mit einer bestimmten Summe eingetragen, sohin ein unbestimmter Anspruch, z. B. die Kautiön der Vormünder (soll diese mit der legalen Hypothek des Mündels auf das Gesamt-Vermögen des Tutors identisch seyn?) auf eine approximative Summe geschätzt seyn müsse, ohne nähere Begründung zugegeben werden können, besonders, da die weiter unten (S. 130 und 131.) aufgestellte Behauptung, daß Frankreichs, Oesterreichs und Preussens Hypotheken-Institute auf dem Grundsätze der Publicität und Specialität, (dieses Wort in dem hier angegebenen Sinne genommen,) beruhen, durchaus nicht in der Allgemeinheit



zugestanden werden kann. \*) Dieser Satz dürfte vielmehr vorerst einer sehr strengen Prüfung, und jede Neuerung in diesem Belange in unserm Vaterlande um so vorsichtiger erwogen werden, je mehr das bisher bestandene System der allgemeinen und besondern, legalen und konventionellen Hypotheken, mit oder ohne besondere Vorzugs-Rechte, in alle Theile unserer Privat- und Proceßgesetzgebung verwebt ist, sohin eine partielle gesetzliche Bestimmung hierinnfalls, wenn nicht ganz unthunlich, doch nur mit der höchsten Vorsicht anzurathen ist. Auch scheint es, daß der Grund, in Frankreich, Oesterreich und Preußen, wird es so gehalten, wenn dieß auch unbedingt wahr wäre, keineswegs als zureichend angenommen werden könne, oder man müßte den Satz als voraus erwiesen gelten lassen, daß alles, was Baiern hatte, nichts taue, daß hingegen alles, was in Frankreich, Oesterreich und Preußen gilt, vortreflich sey, sohin ohne weiters nach Baiern verpflanzt werden müsse.

Im Ernste wird diese Behauptung Niemand aufstellen, und dann — warum dehnen wir das vortrefliche

---

\*) M. vergl. Cod. Nap. art. 2100, 2101, 2114. und besonders Art. 2122. Le Creancier, qui a une hypothèque legale, peut exercer son droit Sur tous les immeubles appartenant a son débiteur, et sur ceux, qui pourront lui appartenir dans la suite etc. ja im Art. 2135. ist sogar den Minderjährigen, und den denselben gleichgeachteten, dann den Ehefrauen die Nothwendigkeit der Inscription ohne Präjudiz erlassen. Auch das preussische Gesetzbuch hat die allgemeinen gesetzlichen Hypotheken nicht ausgeschlossen; (Theil. I. Tit. 20. Art. 400) so wenig, als das österreichische Recht dieselben unbedingt verworfen hat. (Allg. Ges. Buch. Titl. II. Kap. 6. §. 457. und allg. Konk. Ordn. §. 17. u. 29.



Institut der Ewiggeld-Kapitalien nebst der Grund-Buchsordnung nicht auch über den Burgfrieden von München auf das ganze Königreich aus? Was hindert nunmehr, nachdem die Siegelmäßigkeit in Beziehung auf die Konstituierung von Hypotheken, gesetzlich aufgehoben ist, die Errichtung und Vervollkommenung von Hypothekenbüchern auch bey den Adelichen, wie dieselben in ganz Baiern schon jeher für Bürger und Bauern in den Grundbüchern und Schuldprotokollen vorhanden waren, und ungeachtet der neuen Organisation der Landgerichte noch überall bestehen, wenn auch häufig nicht mehr mit derselben Sorgfalt, wie früher, behandelt werden. Uebrigens ist die in der schon oben angezogenen Note (z. §. 2. S. 86) aufgestellte Behauptung eben so wahr als beherzigungswerth,

„dafs hinsichtlich schon bestehender Hypo-  
 „theken bey Einführung eines Hypotheken-Buchs  
 „dafür gesorgt werden müsse, dafs jeder Hypo-  
 „thekar-Gläubiger den Vorzug behalte,  
 „auf den er schon ein Recht hatte.“

Jedermann wird diesen Satz ganz gewifs für streng rechtlich halten. Eben so klar und streng rechtlich scheint mir aber auch die weitere Foderung zu seyn, dafs, wenigstens den schon bestehenden Hypotheken, ihr bisheriger Umfang belassen werde. Wie wird sich aber damit in Uebereinstimmung bringen lassen, wenn nun auf einmal alle bisherigen sowohl konventionellen als legalen Generalhypotheken, welchen nach der bisherigen Legislation für alle bereits bestehenden, oder etwa sich erst noch ergebenden Foderungen, z. B. für das Aerar für den Pupillen oder Kuranden etc. ein allgemeines Hypothekenrecht auf das gesammte, gegenwärtig und künftige Vermögen des Schuldners, es möge dasselbe in Realitäten, Rechten, Aktiv-Kapitalien oder



auch blos in Mobilien bestehen, zustund, und worauf dieselben also ein wablerworbenes Recht haben, auf das Princip der Specialität zurückgeführt werden sollten? Die Sache wird wenigstens schwer, wo nicht unmöglich seyn, wenn anders nicht ein Macht-Spruch unter der Form des Bessern, das erkannte Recht aufheben soll! \*)

### §. 3. Ueber Lokation der Kosten im Konkurse.

Der Aufsatz XIV. „über die Lokation der Konkurs-Kosten in dem Falle, wenn die ganze Masse von den Separatisten verschlungen wird,“ scheint die Bestimmungen des preussischen Proceßes anpreisen und dagegen die des baierischen Judiziarkodex in Schatten stellen zu wollen. Ob mit Rechte, mögen nachfolgende Bemerkungen erwahren.

1) Die Trennung der Immobilial- von der übrigen gemeinen Masse macht wenigstens 2 Proceße nothwendig, und vermehrt, gewis ohne Noth, die Aktenstöße, und mit denselben die Gerichts- und Advokatenkosten. Unser Judiziarkodex, der in dieser Hinsicht alles auf das Prinzip der Einheit basirte, dürfte daher allerdings in dieser Beziehung vor der preussischen Legislation den Vorzug verdienen. \*\*)

---

\*) Ich beziehe mich in dieser Hinsicht auf die vorhergehende Abhandlung, mit dem Anhange, daß diese Bemerkungen noch früher niedergeschrieben waren, als der Entwurf der neuen Hypothekenordnung den Ständen des Reichs vorgelegt, und der Publicität übergeben worden war.

\*\*) Vergl. mein Handb. des b. Universal-Konkurs-Proceßes. §. 5. u. §. 110.



2) Die angepriesene Billigkeit, daß nach preussischem Rechte die Konkurskosten den Gläubigern nach Verhältniß ihrer Hebung in Abzug gebracht werden sollen, (S. 155.) wäre im strengsten Sinne die größte Ungerechtigkeit; Denn darinn besteht ja eben das Wesen des Prioritäts-Rechtes, daß der bevorzugte Gläubiger sein Guthaben ganz folglich gerichtskostenfrey erhalte, so daß es nur Forderung des strengsten Rechtes ist, daß die Gerichtskosten von der Mafsa immer vorerst weggezogen, sohin dem letzten zum Zuge kommenden Gläubiger allein zur Last gesetzt werden müssen, weil dieser nie einen größern Anspruch, als so weit die Mafsa reicht, haben kann. Auch in dieser Beziehung ist daher die Bestimmung des baier. Judiziarkodex ganz gerecht, und steht mit dem ersten Prinzipie einer Prioritäts-Ordnung in der schönsten Harmonie, während der §. 511. der Pr. Gerichtsordnung unverkennbar die größte Abnormität wäre, welche durch keine billige Rücksicht gerechtfertigt werden könnte, wenn er das ausspräche, was die angeführte Abhandlung voraussetzt. Allein das Gegentheil ist wörtlich in der angezogenen Stelle verordnet, wo es heißt:

„Diese Ausgaben werden von der Mafse vorweg  
 „abgezogen, und entgehen also dem letz-  
 „ten Percipienten.“

3) Die Idee, in den Lehenkonsensen im Obermayn-Kreise ein den Hypothekenbüchern ähnliches Institut zu finden, scheint mir nicht ganz richtig zu seyn, weil diese Lehenkonsense kein Hypothekar- sondern das Separationsrecht begründen. (S. 157.) Daß auch in Baiern ohne Lehen- und, grundherrlichen Konsense auf grundbare Güter keine Hypothek gültig konstituiert werden konnte, \*) weiß Jedermann, daß aber diese Grund-

---

\*) Cod. jud. Cap. XX. §. 9. Nao. 3. und Cod. civ. P. IV.  
 D 2



und Lehenkonsense als ein den öffentlichen Hypothekenbüchern ähnliches Institut gelten, dieses ist freylich nicht der Fall. Indessen bestunden zwar in Baiern Hypothekenbücher und bestehen zum Theil noch in den Grundbüchern und den gerichtlichen Schuldprotokollen. Sie bleiben allerdings hinter der Idee eines eigenen Hypothekenbuches weit zurück, gehen aber der des Institutes der Lehenkonsense gewis weit voran, und sie können, es ist der Ausdruck der innigsten Ueberzeu-

---

Cap. 18. §. 27. dann Lehnedikt v. 7. July 1808. Kap. 3. §. 99. und Kap. 8. §. 155. ff. Zwar ist zwischen diesen und den in Baiern gewöhnlichen Grund- und Lehenherrlichen Konsensen der wesentliche Unterschied, daß jene sogar das Separations-Recht begründen (S. 158) was freylich, nach baierischem und jedem konsequenten Hypotheken-Systeme keineswegs der Fall seyn kann, indem ein Separationsrecht sich nur auf den Grund des Eigenthumes denken, oder doch rechtfertigen läßt. Eben-  
 deshalb bleibt es, trotz aller Anpreisungen der preussischen Gerichtsordnung eine durchaus nicht zu rechtfertigende Anomalie, wenn dieselbe den Kreditssystemen und Pfand-Briefs-Innhabern, so wie den Kompensations-Posten. (Proz. Ordn. Tit. L. §. 287.) das Separations-Recht einräumt, dahingegen die noch in der Kasse vorhandenen Depositen, geliehene und vermiethte Sachen, Pfänder, gestohlene Sachen und Kommissions-Güter, so wie in Kommission gekaufte Waaren (a. a. O. §. 296. 297. 298. 299. 300. 302) in die erste Klasse verweist, ungeachtet der Kridar das Eigenthum all dieser Sachen gar nie erworben, der Eigenthümer dasselbe gar nie verloren hatte, folglich nach allen Rechts-Prinzipien hier das Vindications- und das davon abhängige Separations-Recht keinem Anstande unterliegen sollte. Und doch ist dieß nach preussischem Rechte anders. — Zwar neu und, fremd, aber deshalb weder gut noch gerecht!



gung, sehr leicht, ohne alle Kosten wieder hergestellt, und auf den höchsten Grad der Vollkommenheit gebracht werden, ohne des immer gewagten Schrittes nöthig zu haben, alle besthenden wohlerworbenen Rechte mit einem Federzuge zu vernichten, und durch ein Gesetzes-Fragment die totale Aenderung des ganzen bisherigen Systemes der Legislation in dieser Beziehung herbeyzuführen, deren Folgen sich zwar nicht berechnen, wovon aber die größten Verwirrungen und selbst viele Ungerechtigkeiten sich ohne allem prophetischen Geiste voraus sagen lassen.

Doch nun zu dem Falle, welcher zu dieser Abhandlung die Veranlassung gab, zurücke. Das Gut eines Landmannes war durch Unglücksfälle und Kriegslasten so in Werthesverfall gerathen, daß es auf die Gant gerieth, und sich dabey kein Käufer meldete, der nur so viel both, daß die Separatisten ihre volle Befriedigung hätten erhalten können, so daß also selbst diese unter sich de prioritare certiren mußten. Die übrigen Hypothekar- und Kurentgläubiger ließen bey der offenbaren Insufficienz der Masse ihre Ansprüche fahren. Allein es entstand nun die Frage, was hinsichtlich der Gerichts-Kosten, und der Staats-Abgaben zu verfügen sey, welche bekanntlich nach baierischem Rechte in die I. und IV. Klasse zu lociren sind, folglich gleich den übrigen Hypothekarien leer ausgehen mußten, wenn die Masse nicht einmal für die Separatisten hinreichte. Der Antrag des betreffenden Appellations-Gerichtes scheint der Natur der Sache, und den bestehenden Gesetzen eben so angemessen zu seyn, als der Ausspruch des hierauf erlassenen allerhöchsten Rescriptes vom 1. März 1814 (S. 167), daß ein abänderndes Gesetz in diesem Falle gar nicht nöthig gewesen sey; ohne deßhalb dem in diesem Rescripte angegebenen Grunde beyzupflichten, als ob in diesem



Fälle die gesetzlichen Bestimmungen des Partikular-Konkurses in Anwendung kommen könnten. Denn nach baierischem Proceſſe \*) hat der Partikular-Konkurs- (Edicts) Proceſſ nur dann Statt, wenn nicht alle, sondern nur einige Gläubiger auf ihre Befriedigung dringen, und nicht das ganze Vermögen des Schuldners, sondern nur einen Theil deſſelben in Anspruch nehmen.

Der Partikular-Konkurs nach baierischem Rechte ist daher ganz ein anderes Ding, als was der Herr Staatsrath von Gönner in ſeinem vortreflichen Hand-Buche des gem. t. Proceſſes \*\*) nach gemeinem Rechte den Partikular-Konkurs nennt, indem unſer Geſetz die dort aufgezählten Fälle nach den richtigſten Rechts-Prinzipien theils unter dem Separations- theils unter dem Quasiseparationsrechte vorträgt. \*\*\*)

Nun wurde in dem gegebenen Falle von den Separatiſten nicht bloß ein Theil, oder einige Theile, ſondern die ganze Maſſa des Verſchuldeten ohne alle Ausnahme in Anspruch genommen, folglich war keineswegs ein Particular- ſondern ein Universal-Konkurs vorhanden, und die Beſcheidung des anfragenden Gerichtshofes war ſomit durch eine einfache Hinweisung auf das Geſetz gegeben, ohne der unrichtigen Motivirung durch die Annahme eines Partikular-Konkurses zu bedürfen.

Uebrigens iſt den Gerichten die in der Note zu §. 10. (S. 165) angefügte Bemerkung ſehr zu empfeh-

---

\*) Cod. jud. Cap. XX. §. 2. Mein Handbuch etc. §. 1. S. 2. und des dort citirten Miltner's Gantproceſſ etc.

\*\*) Thl. IV. Abh. LXXXII. §. 12. S. 628.

\*\*\*) Cd. jud. Cap. XX. §. 17. u. 18.



len, und erst neuerlich dringend und umständlich angerathen worden. \*)

#### §. 4. Ueber die Zurückweisung offenbar ungegründeter Berufungen.

In der XX. Abh. „Besondere Verordnungen und Erläuterungen über die Appellation“ wird dem baierischen Judiziarkodex im allgemeinen das verdiente Lob ertheilt, dabey aber, und zwar mit vollem Rechte, der Mangel des *fatalis interponendae* welches das baierische Recht nur gegen das *Decretum de aperiundo concursu* beybehalten hat, \*\*) gerügt, und in dieser Beziehung auf die sehr zweckmäßigen Bestimmungen des von Goennerschen Entwurfes, (B. IV. Kap. II. §. 10 — 12) hingewiesen. Dabey dürften aber gegen die folgende Stelle, angeführten Bedenken, „dafs muthwillige Appellationen, deren offener Ungrund oder Desertion aus der Appellationsschrift selbst erscheint, sogleich ohne Aktenabforderung verworfen werden sollen, \*\*\*) um so minder stichhaltig seyn, als die Bedingung eines offenbaren Muthwillen, des schon aus dem Libelle selbst erhellenden Ungrundes, oder der Desertion, die Willkühr der Gerichte gewis genügend beschränkt, sohin auch die Rechtssicherheit um so minder gefährden kann, als gegenwärtig durch die Beyfügung der Entscheidungsgründe zu jedem Erkenntnisse der Oberrichter ohnehin schon eine umfassende Kenntniss des an ihn gebrachten Falles erhält, und, wenn daraus auch nur einige Bedenklichkeit hervorgeht, ohnehin die Verbindlichkeit zur Aktenabforderung

---

\*) Mein Handb. etc. §. 16 — 20. und §. 67. Nro. 3 u. 4.

\*\*) Mein Handbuch des b. U. Konk. Processes. §. 22.

\*\*\*) Cod. jud. Cap. XV. §. 11. Nro. 6.



hat, und ebendeshalb ganz sicher angenommen werden darf, daß unter 60 Berufungen kaum Eine ex Materialibus ad libellum ohne Abforderung der Akten abgewiesen werde. Eine Abänderung dieser Bestimmung dürfte daher um so minder nöthig, oder auch nur zulässig seyn, als dieselbe offenbar das einzige Mittel ist, handgreiflich ungegründete Berufungen ohne großen Zeit- und Kosten-Aufwand zu beseitigen, besonders, da diese Bestimmung überdies auch mit der vorhergehenden über die Zurückweisung offenbar ungegründeter Klagen \*) in der schönsten Harmonie steht, und auf demselben Grunde beruht.

### §. 5. Ueber die Komputation der Appellations-Summe.

Die unter Ziffer 3. über die Berechnung der Summe bey der gemeinschaftlichen Berufung mehrerer Stiftungen (S. 216 ff.) vorgetragene Abhandlung enthält sehr scharfsinnige Bemerkungen über die Komputation der Appellations-Summen in dem gegebenen Falle. Besonders bemerkenswerth sind die vom königl. Oberappellations-Gerichte für seine Meinung, die im Prinzip auch die allerhöchste Sanktion erhielt, angeführten Gründe. Aus einem andern Gesichtspunkte habe ich die Sache in meinem Handbuche über den b. Univ. Konkurs-Proceß (§. 79) nachzuweisen gesucht, und es kann dem aufmerksamen Leser der hierüber erlassenen Erläuterungs-Verordnung vom 18. Febr. 1815 (S. 220) kaum entgehen, daß der dispositive Theil derselben weiter geht, als das angefügte Motiv, und daß das zur Erläuterung angezogene Beyspiel den generellen Satz keineswegs begründe, welchen das Gesetz ausspricht. Nach jenem wäre es nemlich nur dann erlaubt, mehrere

---

\*) Cod. jud. Cap. IV. §. 17.



Stiftungsforderungen zusammen zu rechnen, wenn dieselben, in einer Obligation vereinigt, die Appellations-Summe erreichen; eine Beschränkung, welche aber das Gesetz durchaus nicht erfordert, da dasselbe ausdrücklich nur voraussetzt, daß die Appellations-Summe, nach dem Betrage aller Forderungen der gemeinschaftlich appellirenden Stiftungen zusammen bemessen werden soll. Wenn daher die Hospitalstiftung der Stadt A. mit einem Kapitale von 100 fl., die Pfarrkirche mit einem von 150 fl. und der Lokal-Armenfond mit einem Kapitale von 75 fl. wegen einem ihnen in 2 Instanzen prälocirten Kapitale von 500 fl. die Berufung an das Oberappellations-Gericht ergreifen wollen, so können sie dieses, auch wenn jede Forderung auf einer gesönderten Schuld-Urkunde beruht, nach der klaren Bestimmung der Verordnung selbst, während jedoch nach dem derselben angefügten Motive das Daseyn einer gemeinschaftlichen Obligation erfordert würde.

Eben so viel praktisches Interesse hat die unter Ziff. 4 gelieferte Abhandlung darüber, nach welchen Rücksichten die Appellations-Summe bey einem theils bestätigenden, theils abändernden Urtheile zu bemessen sey. (S. 222 ff.)

Aus dem vorgetragenen Falle geht jedoch unverkennbar hervor, daß die hier beantwortete Frage nicht diejenige war, worüber die Meinungen der Vertreter der Stiftungen sich theilten. Denn darüber, daß

1) Beym Daseyn zweyer gleichlautender Erkenntnisse zur Revision die Summe von 300 fl. erfordert werde, daß

2) In jedem Falle nur die Summa gravaminis berücksichtigt werden könne, darüber waren die Vertre-



ter der Stiftungen enig. Die zwischen ihnen streitige Frage war vielmehr

3) Die: „Wenn gegen ein Prioritäts-Erkenntniß „wegen 3 Posten appellirt wird, und das Appellations-Gericht das erst richterliche Erkenntniß in 2 Posten reformirt, in Hinsicht des dritten aber dasselbe bestättigt, ist dieses Prioritäts-Erkenntniß als bestätigend oder als reformirend zu erachten?“

Es springt in die Augen, daß von der Beantwortung dieser Frage die Folge abhängt, ob zur Ergreifung der Revision gegen das appellationsgerichtliche Erkenntniß die Summe von 100 fl. genüge, oder ob die jene von 300 erfordert werde?

Ist die Vorfrage entschieden, so hat die Folge lediglich keinen Anstand. Allein die Beantwortung derselben wird in diesem Aufsatze vermißt; Und doch scheint das praktische Interesse desselben kaum zu verkennen zu seyn, so, wie die bloße Behauptung, daß es hier nicht auf die Frage ankomme, ob das Lokations-Urtheil als Eine Sentenz, oder als Aggregat mehrerer Erkenntnisse zu betrachten sey, kaum genügen dürfte; (S. 223. Nro. 1) Dieser Satz wird zwar in der spätern Abhandlung Nro. XXIII. (S. 283 ff.) gegen die in meinem Handbuche des b. U. Konk. Processes aufgestellten Gründe noch weiter ausgeführt. Allein es würde zu weit führen, hier die dagegen angebrachten Gründe ausführlich zu beantworten. Nur bemerkungsweise wird angeführt, daß

a) Die Einheit des Prioritäts-Erkenntnisses in dem angezogenen Werke nicht bloß auf der zitierten Seite 167. sondern vorzüglich im I. Abschn. §. 5. zu begründen gesucht wird. Die dagegen angeführten Präjudizien des Oberappellations-Gerichtes scheinen zwar



b) Erheblich, allein sie genügen nicht, eine streitige Thesis zu entscheiden, sondern können bloß als Usual-Interpretation gelten, wenn keine Kontrarietät hierinnfalls nachgewiesen werden kann. \*) und es scheint allerdings, daß die gegentheilige Ansicht

c) Mit den oben hinsichtlich der Komputation der Stiftungsfoderungen aufgestellten Grundsätze nicht wohl zu vereinigen sey, besonders wenn erwogen wird, daß, wenn diese Einheit nicht angenommen wird,

d) Es durchaus an allem rechtlichen Grunde für die gesetzliche Bestimmung fehle, daß die Berufung Eines Gläubigers auch andern Mitgläubigern zu Guten komme, so weit sie die nemliche Causam gravaminis für sich haben. \*\*) Es läßt sich

e) Wohl nur aus dem Prinzipie der Einheit des Konkurs-Prozesses, somit auch des Lokations-Erkenntnisses erklären, daß eine auch nur von einem Gläubiger gemachte Einrede auch den andern Mitgläubigern so weit nützlich sey, als ihrer Seits etwa die nemliche Causa contradicendi vorhanden ist. \*\*\*) Es ist sehr richtig, was

f) Frhr. v. Kreittmayer in den (S. 291) ausgehobenen Anmerkungen sagt, daß die Gläubiger im Konkurse nicht Litis Consortes seyen, sondern vielmehr selbst wider einander streiten, und jeder in causa plane separata und distincta versire; Jedoch beweiset ja eben der Nachsatz, daß B. v. Kreittmayer dieses nur in Bezug auf die Foderung jedes einzelnen Gläubigers sagte, welchem die Gesamtheit

---

\*) Cod. Civ. P. I. Cap. 1. §. 14. Nro. 3.

\*\*) Cod. jud. Cap. XIX. §. 16. Nro. 3.

\*\*\*) Cod. jud. l. c. §. 6. Nro. 3.



aller übrigen Gläubiger als Gegner und zwar in einem durch das Gesetz ausgesprochenen Litis Consortio gegenübergestellt ist, woraus sich allein die oben Lit. d. und e. angegebenen Bestimmungen rechtfertigen lassen; Und es dürfte eben deshalb

g) Vorerst noch eine sehr gründliche Erwägung erheischen, ob die im §. 8. (S. 294.) beantragte Nachhilfe mit dem eigenthümlichen Geiste des baierischen Konkurs-Prozesses nicht in Widerspruch gerathen würde. Wenn übrigens auch der (S. 297) angeführte Rechtsfall das Gefühl der Billigkeit sehr in Anspruch zu nehmen scheint, so wird doch gewiss selbst aller Schein von Härte des hier mit Strenge in Anwendung gebrachten Gesetzes verschwinden, wenn man bedenkt, daß es ja als unerläßliche Folgerung aus der Verhandlungs-Maxime hervorgehe, daß jede Vernachlässigung der Form, z. B. des Weisungs-Termines, der Fatalien u. d. g. ohne alle Rücksicht auf die streitige Summe, immer mit dem Verluste des Rechts bestraft wird, und damit bestraft werden muß, wenn nicht die Proceßse verewigt werden, und die Herbeyführung eines peremtorischen Rechtszustandes überhaupts möglich gemacht werden soll.

Die vorliegende Streitfrage dürfte daher noch keineswegs als entschieden angenommen werden, eben so wenig, als der Satz, daß etwa unser Judiziar-Kodex in der Beziehung einer Nachhilfe bedürfe. — Wohl bedurfte er derselben in Beziehung auf die Mittheilung der im Appellations-Verfahren einkommenden Proceß-Schriften an die Partheyen.



## §. 6. Ueber das Fatale interponendae appellationis.

Bekanntlich kennt der baierische Proceß außer bey dem decreto de aperiundo concursu das fatale interponendae nicht. Der Sieger muß daher im ordentlichen Proceße geduldig zwey volle Monathe warten, ob es sein Gegner gerathen finde, die Berufung zu ergreifen oder nicht, kann es auch vor Ausfluß des 6ten Tages nicht wohl erfahren, und während dieser langen Frist nicht auf Execution anrufen. Doch erfährt er, im ordentlichen sowohl als summarischen Proceße, die wirklich ergriffene Berufung dadurch, daß die Nebenverantwortung (ein weiteres Verfahren hat in Appellatorio nicht Staat) von ihm abgefodert wird, wobey er denn auch Gelegenheit hat, durch die Adhäsion seine allenfallsigen Beschwerden, die er gegen das nemliche von seinem Gegner bereits impugnirte Urtheil etwa haben mag, an den höhern Richter zu bringen, ohne daß er in diesem Falle an die Beobachtung der Förmlichkeiten gebunden ist.

Dies war nun im Konkursproceße anders, in welchem ohne weitere Communication bloß auf die Acta priora gesprochen werden soll, wie denn auch da eine Berufungs-Nebenverantwortung durch die Praxis nie erholt wird. \*) Auf diese Art erfuhren also bisher, wenn Ein Gläubiger etwa die Berufung ergriff, die übrigen dieses gewöhnlich erst mit der Ladung zur Publikation des oberrichterlichen Erkenntnisses, und so wurde der (S. 234) erzählte Fall möglich, daß eine Stiftung ein beträchtliches Kapital wegen Praelocation einer andern Forderung durch ein Erkenntnis in letzter Instanz unwiederbringlich verlor, welches durch die

---

\*) Mein Handbuch etc. J. 82, S. 172.



Berufung gegen ein anderes Kapital, das nach der Strenge des Gesetzes hätte präkludirt werden sollen, wenn dagegen in termino appellirt worden wäre, gewis gerettet worden wäre, was aber defswegen nicht wohl möglich war, weil der Vertreter der Stiftung von der gegentheiligen Berufung nicht in Kenntniss gesetzt, die hiedurch dem Stiftungs-Kapitale drohende Gefahr gar nicht hatte ahnden können. Es ist einleuchtend, daß dieß bey einem guten und vollkommenen Proceß-Gesetze nicht möglich seyn soll, bey welchem allerdings der Grundsatz der gegenseitigen Mittheilung aller Streit-Schriften strenge eingehalten werden muß.

Die Ausfüllung dieser Lücke in unserm Proceß war daher dringend gebothen. Man glaubte den beabsichtigten Zweck durch die Verordnung vom 26. Nov. 1816. (S. 231) zu erreichen, wodurch der obige Grundsatz mit strenger Konsequenz auch im Appellations- und Revisions-Verfahren durchgeführt, und namentlich auch bey Konkursen die Nachrichts-Ertheilung von der ergriffenenen Berufung an sämtliche Mitgläubiger zu dem Ende vorgeschrieben wird,

um in den geeigneten Fällen ihre Rechte durch Adhäsion zu verwahren. (S. 232 Nro. 4.)

Die Sache würde durchaus keinen Anstand haben, und die bestehende Lücke ganz ausgefüllt seyn, wenn der Gläubiger A., falls etwa ein anderer B., die Praelocation seiner in die VIII. Klasse locirten Foderung in die IV. Klasse zu erringen sucht, nunmehr auf dem Wege der Adhaesion auf die Praeclusion des ungesetzlich in die IV. Klasse aufgenommenen Gläubigers C. antragen dürfte. Dieses scheint auch die angezogene Verordnung vorausgesetzt zu haben, aber gewis ohne zu reichenden Grund, indem nach baierischem Rechte \*)

---

\*) Cod. jud. Cap. XV, §. 9. Nro. 3 und 4.



die Adhäsion nur in jenen durch das gravierliche Urtheil entschiedenen Punkten, welche mit des Appellanten Gravaminibus Konnexion haben, und aus einer Quelle fließen, Statt hat, die allenfallsigen Beschwerden gegen puncta separata aber sub poena desertionis intra fatalia angebracht werden müssen.

Wird nun der eben vorgetragene Fall analysirt, so ergiebt sich wohl von selbst, daß, wenn auch die Verordnung früher schon bestanden hätte, für die betheiligte Stiftung oder jeder andern im gleichen Falle befindlichen Gläubiger doch kein Heil zu finden gewesen seyn würde, weil das beschränkte Adhäsionsrecht nicht auf die Berufung gegen eine andere Foderung hätte angewendet werden können. Indem ich mich in dieser Beziehung wiederholt auf mein Handbuch des b. U. Konk. Processes §. 83 beziehe, bedarf es wohl keiner weitem Nachweisung, daß die Lücke nur durch die gesetzliche Einführung der Anmeldungs-Nothfrist, und zweckmäßiger Vorschriften hiefür, ausgefüllt werden könne, und es ist beynahe unbegreiflich, warum nicht in diesem Falle v. Goenners höchst zweckmäßige Idee ausgeführt worden ist. \*)

## §. 7. Ueber das Vorzugs-Recht der Bierschulden im Konkurse.

Von großem praktischen Interesse sind auch noch die beyden Abhandlungen XXI und XXII. „über das „Vorzugs - Recht der Bierschulden im Konkurse, und „vom Appellationsfatale gegen das Prioritäts - Erkennt-

---

\*) Entwurf eines Gesetzbuches etc. Buch IV, Kap. II, §. 10. Nro. 1.



„nifs, wenn bey einem Konkurse Wechsel- oder Bier-Schulden vorkommen.“ Und es kann nunmehr, wie in der Note zu §. 6. (S. 269) bemerkt wird, der Fall nicht wohl mehr eintreten, daß die Gerichtshöfe mit einem Erläuterungs-Rescripte in Opposition kommen, wenn das übrigens auch in den Jahrbüchern nicht abgedruckte allerhöchste Rescript vom 10. May 1818 nicht bloß als Resolution für einem besondern Fall, \*) was mit dem wieder aufgehobenen Rescripte vom 23. July 1817, welches mir, da das spätere nicht publicirt wurde, und noch nicht publicirt ist, allein bekannt war, dem Anscheine nach der Fall gewesen seyn mag, an das anfragende Appellationsgericht, sondern an alle Gerichtshöfe zur Nachachtung ausgeschrieben wurde. Nur kann man sich dabey folgender Bemerkungen nicht erwehren:

1) Soll dieses Rescript ein erläuterndes Gesetz seyn, warum wurde es nicht öffentlich ausgeschrieben? Die Gesetze sind doch nicht bloß für die Gerichtshöfe, sondern für die Staatsbürger da, welche dieselben eben so gut, als die Gerichte wissen müssen. \*\*) Die Nothwendigkeit der öffentlichen Bekanntmachung scheint hier um so dringender zu seyn, als

2) Offenbar nur die unrichtige Fassung der Verordnungen von den Jahren 1806 und 1807 die Veranlassung zu den irrigen Folgerungen gab, welche die Gerichtshöfe sowohl, als selbst das königl. Staats-Ministerium der Justiz daraus ableitete. Die Sache ist auch einleuchtend. Denn da

3) Das Mandat vom Jahre 1806 den Bierschulden die Vorzüge der Wechsel- und Merkantil-

---

\*) God. civ. P. I. Cap. 1. §. 14. Nro. 4.

\*\*) Conf. Cod. civ. P. I. Cap. 1. §. 6.



Schulden einräumte, so war der Schluss auf die Rechte der Priorität sowohl als des abgekürzten Processes wohl um so natürlicher, als

b) Der Beysatz „und Merkantilschulden“ schon gar auf Nichts weiter, als auf die Processart, bezogen werden kann, weil den Merkantilschulden durch unsere Gesetze keineswegs ein Vorzugsrecht eingeräumt ist.

c) Der Gesetzgeber durfte daher, wenn er den Wechselschulden nur ein Hypothekarrecht, und weiter nichts einräumen wollte, nicht von den Vorzügen der Wechselschulden sprechen, sondern mußte den Satz so fassen, daß

den Bierschulden 4 Wochen nach der Anforderung gleiches Vorzugsrecht mit den Wechselschulden zustehe,

vielmehr, weil die baierische Wechselordnung nicht im ganzen Königreiche gilt, ja selbst noch die bisherigen Locations-Ordnungen, wo sie bestehen, aufrecht erhalten worden sind,

daß den Bierschulden vier Wochen nach ihrer Anforderung das Recht einer stillschweigenden Hypothek eingeräumt werden soll.

Diese Kontroverse scheint daher nun wohl beygelegt zu seyn, obgleich es immer bemerkenswerth bleibt, daß ein Appellationsgericht und mit demselben auch das Justiz-Ministerium, anfangs von einer ganz andern Ansicht ausgieng, als der oberste Gerichtshof des Reichs und daß erst, nach schon gegebener Erläuterung, der Ausweg der Usual-Interpretation gesucht worden zu seyn scheint, um die frühere Leuteration durch eine spätere wieder unwirksam zu machen, welche auf jeden Fall noch der förmlichen Publikation entgegen sieht.



Dieselbe scheint auch wohl unerlässlich zu seyn, wenn nicht in einem, zumal im täglichen Verkehr so häufig vorkommenden Falle stets noch eine groſse Rechts-Unge-  
 wisheit bestehen soll.

Dieselbe würde zwar ganz gehoben, wenn die Jahrbücher als Publikations-Organ sanctionirt, und das angezogene Erläuterungsrescript wirklich abgedruckt worden wäre, was wohl kaum zu vermeiden seyn wird, wenn nicht unsere Legislation ein noch härterer Vorwurf treffen soll, als jener ist, welchen Kreittmayr mit vollem Rechte dem Kaiser Kalligula wegen seiner kleingeschriebenen und so hoh aufgehängten Gesetze machte, daſs sie der hunderste vom Volke kaum lesen konnte. \*)

### §. 8. Ueber die Wechselhypothek nach baierischem Rechte.

Noch muſs ich in Kürze diejenigen Gründe herühren, welche gegen die Behauptung in meinem Handbuche über den Universalkonkurs-Proceſs (§. 18. S. 31) gemacht werden, daſs sich nemlich das Vorzugsrecht der Bierschulden nur auf

das frey eigene Vermögen, nicht aber auch auf erbrecht - lehen - und grundbare Güter, ohne Konsens des Grund oder Lehenherrn erstrecke, in den Jahrbüchern aufgeführt sind. \*\*)

Die für diesen Satz aufgestellten Gründe sind, weil den Wechsel - folglich auch den Bierschulden eine gesetzliche Hypothek zur Seite steht, und bey diesen der

\*) Vorr. zu den Anm. zum Judiziar-Kodex. Note 4.

\*\*) B. II. Abh. XXI. §. 8. S. 271. ff.



Lehen und grundherrliche Konsens vom Gesetze supplirt wird. Die Folgerung unterliegt keinem Anstande, sobald der Vordersatz richtig ist. Allein gegen diesen stehen, scheint es mir, gewichtige Gründe, welche, wenn auch die für die gegentheilige Meinung überwiegend seyn sollten, doch so viel beweisen werden, daß der Gesetzgeber wohl kaum die Absicht gehabt haben mochte, bey Wechsel- und Bierschulden den grundherrlichen Konsens nachzulassen.

Den Begriff einer gesetzlichen Hypothek, bestimmt nemlich unser Gesetz \*) dahin, daß dieselbe nur durch den Gesetzgeber allein ertheilt wird, und bemerkt ausdrücklich, daß

die zur letztern Gattung, (der gesetzlichen Hypotheken) gehörige, sowohl befreyt, als unbefreyte Pfand-Gläubiger bereits im Codice judiciario Cap. XX. specificirt seyen, und die daselbst benannten Fälle auf andere unbenannte per interpretationem doctrinalem nicht ausgedehnt werden sollen.

Nun beliebe man in Cod. jud. das ganze XX. Kapitel nachzulesen, so wird man dort zwar das Heurathgut, den Fiscus, die Pupillen etc. dann den Verpächter eines Hauses und eines Bauerngutes, den Handwerksmann, die Kinder mit ihrem Muttergute, die Austräger, die immittirten Gläubiger und die Legatarien etc. aber auch nicht eine Sylbe von Wechselgläubigern finden.

Allein durch die hier aufgezählten Fälle, kann man entgegenen, hat sich der Gesetzgeber für die Folge kei-

---

\*) Cod. civ. P. II. Cap. 6. §. 4 und §. 6. Nro. I.



ne Schranken setzen können und wollen, auch noch andere legale Hypotheken zu bestimmen, was bey den Wechselln wirklich der Fall ist. Der Einwurf hat allerdings Vieles für sich. Doch läßt sich dagegen sagen. Die entscheidende Stelle ist nemlich hier die Wechselordnung, welche Cap. 11. §. 4. wörtlich festsetzt: \*)

„Wechselfoderungen, welche einmal als richtig erkannt sind, sollen gleiches privilegium praelationis mit unsern Fabriken und Manufakturen zu genießen, sohin in dem Prioritäts-Urtheile in der siebenten Stelle zu stehen, den ältern sowohl stillschweigend als ausdrücklichen Hypotheken aber auszuweichen haben.“

Das Gesetz spricht hier offenbar mit keiner Sylbe von einer gesetzlichen (tacita legalis) Hypothek, sondern räumt dieses Vorzugsrecht den Wechselfoderungen nur dann ein, wenn

1) Ein förmlicher Wechsel von einem Wechselfähigen Schuldner ausgestellt, (Conventio, contractus cambialis) und

2) Wenn er vom Wechselgericht richtig erkannt ist, und zwar nach den Leuterations-Mandaten vom 11. May 1787, dann 19. July desselben Jahres, und 27. Dez. 1812. \*\*) erst von dem Tage an, wo derselbe beym Wechselgerichte als richtig erkannt ist. —

Nun ziehe man zwischen der Wechsel- und der ausdrücklichen Konventionalhypothek eine Parallele, und der Unterschied zwischen beyden wird sich haarklein ergeben.

\*) M. G. S. B. III. S. 74.

\*\*) M. G. S. B. III. S. 113. u. S. 131. dann Allg. R. Bl. v. J. 1813. St. I. S. 17.



Zur ausdrücklichen Konventional-Hypothek fodert unser Gesetz bey Unsiegelmäßigen:

a) die ausdrückliche Erklärung des Schuldners vor Gericht, die Hypothek constituiren zu wollen, und

b) die gerichtliche Protokollirung. Worin besteht nun zwischen beyden der Unterschied? Lediglich darin, daß im zweyten Falle die Hypothek ausdrücklich und namentlich, im ersten Falle aber durch die konkludente Handlung (die Wechselform) genugsam geäußert wird. In jenem Falle besteht also eine ausdrückliche, in diesem eine stillschweigende Konventionalhypothek.

Daß unser Gesetz diese Eintheilung der Hypotheken kannte, und festsetzte, beweiset der §. 9. Cod. civ. P. II. Cap. 6. durch die Worte:

„Zu einer ausdrücklichen Hypothek wird die schriftliche und von unsiegelmäßigen Schuldner gar die obrigkeitliche Errichtung gefodert. Doch ist keine gewisse Formel zur Verpfändung vorgeschrieben, sondern es kömmt lediglich auf den Willen der Paciszenten und dahin an, daß solcher mit Worten oder Werken genugsam geäußert werde.“

Es läßt sich daher nach diesen Prämissen wohl nicht zweifeln, daß unser Gesetzbuch ausser den gesetzlichen und gerichtlichen Hypotheken ein ausdrückliches und das stillschweigende konventionelles (freywillig und bedungenes) Pfandrecht festsetzte. Jenes ist vorhanden, wenn in der Urkunde der Hypothek ausdrücklich Erwähnung geschieht, dieses, wenn der Wille des Schuldners mit Worten oder Werken genugsam deklariert wird.



Letzteres geschieht nun bey der Ausstellung eines Wechsels, und zwar, wenn der Hypothek auch nicht ausdrücklich erwähnt wird, bloß durch die Ausstellung des Wechsels als solchen, wodurch der Wechselschuldner, versteht sich unter der Voraussetzung der geschehenen Anerkennung desselben vor dem Wechselgerichte, seinem Gläubiger eine konventionelle, obgleich stillschweigende Hypothek konstituiert. \*)

Es stehen daher gewichtige Gründe dafür, daß der Wechsel kein anderes als ein konventionelles Pfandrecht begründen könne, und zwar

a) Wenn hierin des Pfandrechtes nicht ausdrücklich erwähnt ist, ein stillschweigendes konventionelles, wenn aber

b) eine Hypothek wirklich benannt ist, ein ausdrücklich konventionelles Pfandrecht.

Allein der Herr Verfasser, dessen Scharfblicke diese Gründe gewiß nicht entgangen waren, findet vorzüglich den Umstand entscheidend, (S. 274. Nro. 3.) daß das Mandat vom Jahre 1787 zur Priorität der Wechsel den grundherrlichen Konsens nicht so allgemein, sondern nur in dem einzigen Falle erfordert, wenn ein Wechsel-

---

\*) Daß die hier aufgestellte Theorie von Hypotheken nicht neu, oder erst erfunden sey, sondern auch nach gemeinen Rechten bestehe, dafür werden wohl Thibaut. (dessen Syst. d. Pand. K. 3. Ausg. §. 640.) und Hellfeld (juris. prud. for. Tom. I. §. 1082.) Glück (Ausf. Erört. der Pand. Thl. XVIII. Abth. 1. §. 1077. Lit. A.) und Gesterding (Lehre vom Pfandr. §. 13. S. 91.) vollgiltige Gewährmäner seyn. Daß auch B. v. Kreittmayr diese Theorie kannte, beweisen die Anmerkungen zum Civilkodex Thl. II. Kap. 6. §. 4. Nro. 2.



brief von Siegelmässigen auf ein grundbares Gut ausgestellt wird. In den Jahrbüchern ist der einschlägige §. 8. dieses Mandates abgedruckt, und ich bemerke hierüber zu dessen Beleuchtung Folgendes:

1) Der angezogene §. dieser Verordnung bezieht sich nur auf die Stadt München, und die hier befindlichen Gebäude, dann die im Burgfrieden liegenden Gründe. Für diese besteht bekanntlich eine eigene Gant- und Grundbuchs-Ordnung. \*) Nach diesen Local-Statuten kann auf Häuser in der Stadt München keine wie immer Namen habende Last, kein Ewiggeld, keine Servitut, keine Hypothek erworben werden, wenn sie nicht im Grundbuche vorgemerkt ist.

Auf jeden Fall gehen die eingetragenen allen etwa von Siegelmässigen ausgestellten Hypotheken, welche sonst den gerichtlichen durchaus gleichgestellt sind, unbedingt vor, und es können diese nur auf das übrige Vermögen geltend gemacht werden. — Nun wird aber durchaus keine auch nicht eine Wechselhypothek auf ein grundbares Haus vorgemerkt, wenn nicht zugleich der grundherrliche Konsens beygebracht ist. Der Gesetzgeber konnte daher bey Häusern die Nothwendigkeit der Beybringung des grundherrlichen Konsenses erlassen, mußte dieselbe aber

2) Bey Hypothekenbestellungen durch Wechsel auf grundbare Feld- oder Wiesgründe unter Strafe der Ungültigkeit der Hypothek in Bezug auf das grundbare Gut

---

\*) Jene ist vom 19. März 1751, diese vom 12. May 1628, durch Notorietät und Uebung in München allgemein bekannt. Auch soll ehest darüber von einem praktischen Geschäftsmanne ein ausführliches Handbuch erscheinen.



zur unerläßlichen Bedingniß machen, wenn nicht die Gläubiger gefährdet werden sollten.

Gegeben konnte übrigens diese Bestimmung nur in der Voraussetzung werden, daß bey jeder Wechselhypothek auf grundbare Güter der grundherrliche Konsens gefodert werde. Das Prinzip steht daher für ganz Baiern aufrecht, wenn diese Verordnung gleichwohl nur für den Burgfrieden von München gegeben ist, wenn man nicht annehmen will, daß die Wechselhypothek in München konventionell, im übrigen Baierland aber legal seye.

Indessen mißkenne ich keinswegs, daß die gegen-theilige Ansicht vorzüglich durch eine sorgfältige Vergleichung der Wechselordnung vom Jahr 1785 mit dem General - Mandate vom 14. November 1793 überwiegende Gründe für sich habe, woraus aber vor allem folgt, daß in diesem Belange in der bayerischen Legislation nicht nur keine vollendete Harmonie, sondern eine große Discrepanz herrsche, welche wohl die neue Hypotheken- in Verbindung mit der Locations - Ordnung heben wird.

## §. 9. Ueber die auserlesenen Kriminalrechtsfälle.

Die auserlesenen Kriminalrechtsfälle sind sowohl hinsichtlich der Auswahl als des Vortrages gleich merkwürdig und lehrreich. Insbesondere ist dieß vom ersten, „Ueber die Zurechnung der von schwangern Personen „aus Gelüsten verübten Handlungen“ zu sagen (S. 304 ff.) Nur erlaubt man sich dabey folgende Bemerkungen:

1) Die erste Einrede der Angeschuldeten, „Sie haben geglaubt, die Begierde (nach Landshuterhütling)



„in ihrem schwangern Zustande befriedigen zu dürfen,“ (S. 340. §. 8.) scheint nach den Worten des Gesetzes, Art. 39: „daß die Meinung, was unter bürgerlicher Strafe verbothen ist, seye nach dem Gewissen oder der Religion erlaubt, den rechtswidrigen Vorsatz nicht ausschliesse“, keineswegs so ganz gegründet zu seyn, als sie der Referent genommen haben mag; und wenn auch der durch das eingeholte medizinische Parere glaubwürdig erhobene Mangel an Zurechnungsfähigkeit allerdings als sehr erheblich erachtet werden muß, (S. 342. §. 9.) so scheint doch,

2) Die vom Medizinal-Kollegium begutachtete Glaubwürdigkeit, und wenn dieselbe auch mit Wahrscheinlichkeit für ganz gleichbedeutend genommen wird, mehr ein Begnadigungsgrund für den Regenten, als ein zureichender Entschuldigungs-Grund für den Richter zu seyn, weshalb es

3) weder für den vorliegenden Fall, noch überhaupt zu rechtfertigen seyn dürfte, wenn von Seite des königl. Staats-Ministeriums der Justiz dem obersten Gerichtshofe des Reichs zugemuthet werden sollte, in dieser oder jeder andern Sache eine Reproposition zu verfügen, ohne Rücksicht, ob das Erkenntniß schon publicirt worden seye, oder nicht. Denn wenn sich auch der Regent das Bestätigungsrecht bey Kapitalstrafen und das Begnadigungsrecht überhaupt vorbehalten hat, so folgt daraus keineswegs, als ob er in seinem Justiz-Ministerium eine dritte Instanz für Strafrechts-Sachen konstituiert haben wollte, was der Fall seyn würde, wenn sich dasselbe in die Materialien mit der Folge einmengen dürfte, daß nach den Ansichten desselben dem obersten Gerichtshofe des Reichs Repropositionen anbefohlen, und in den Motiven Winke gegeben werden dürften, wie das Justizministerium meint, daß etwa hätte erkannt werden sollen.



Nach diesen Ansichten scheint die Fassung des allerh. Rescripts vom 30. May 1815 (S. 351.) eben so wenig, als dessen öffentliche Bekanntmachung zu billigen zu seyn.

Der zweyte Fall, die Beurtheilung eines Kindes-Mordes, (S. 356.) ist nicht bloß ein wichtiger Beytrag über den Thatbestand bey schnellen Geburten für Richter, Aerzte und Defensoren, sondern auch als ein vorzüglicher Beytrag für die Geschwornen Gerichte zu beachten, und scheint allerdings den Satz zu bestätigen, daß zum Richter, und insbesondere zum Kriminalrichter manchmal etwas mehr, als bloß gesunder Menschenverstand gehöre, wofür wohl auch der dritte Fall (S. 376.)

„Ueber den Unterschied zwischen privatrechtlicher Simulation und strafrechtlichem Betruge bey Verträgen“, einen Beleg geben dürfte, dessen oberstrichtliche Entscheidung sowohl in Bezug auf die Hauptfrage, als auf das Rechtsmittel gegen das Erkenntniß auf Special-Inquisition durch die dem Erkenntnisse vom 5. Juny 1815 angefügten Entscheidungsgründe wohl zureichend gerechtfertigt ist.

Die Jahrbücher haben daher durch die Mittheilung dieses interessanten Rechtsfalles sich großen Anspruch auf den Dank der Rechtsgelehrten erworben, und es seye nur noch gestattet, folgenden Wunsch anzufügen.

Das Oberapellationsgericht des Reichs erstattet jährlich ausführlichen Bericht über die Strafrechtspflege im Königreiche. Wenn auch einige Theile desselben sich nicht zur öffentlichen Bekanntmachung eignen, so ist doch kaum zu zweifeln, daß nicht vieles in denselben nicht nur des Druckes würdig, sondern die öffentliche Bekanntmachung desselben für den theoretischen Forscher sowohl als für den praktischen Geschäftsmann von großem Werthe seyn dürfte. Möge dieser Wunsch beachtet werden, und mit dem dritten Bande der Jahrbücher wenigstens zum Theile in Erfüllung gehen.





Welsch, Johann Baptist, 1772-

Revision der Gesetzgebung und Rechtspflege in Baiern

Bd.: 2

München (1819)

Bavar. 2876-1/2

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10380649-7